



**ÉTATS-UNIS – MESURES CONCERNANT L'IMPORTATION, LA
COMMERCIALISATION ET LA VENTE DE THON
ET DE PRODUITS DU THON**

RECOURS DU MEXIQUE À L'ARTICLE 21:5 DU MÉMORANDUM D'ACCORD
SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

AB-2015-6

Rapport de l'Organe d'appel

Table des matières

1	INTRODUCTION.....	11
2	ARGUMENTS DES PARTICIPANTS	17
3	ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS	18
4	QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL.....	18
5	QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	20
5.1	Renseignements commerciaux confidentiels.....	20
5.2	Champ de la procédure au titre de l'article 21:5	22
6	CONTEXTE ET PRÉSENTATION DE LA MESURE EN CAUSE.....	24
6.1	La mesure modifiée concernant le thon	26
6.1.1	Pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP	30
6.1.2	Pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP	32
6.1.3	"Toutes les autres pêcheries".....	33
6.2	Principales modifications dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon	34
7	ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL	36
7.1	Allégation du Mexique relative à la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble.....	36
7.2	Article 2.1 de l'Accord OTC.....	43
7.2.1	"Traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.....	44
7.2.2	Traitement moins favorable – Effet préjudiciable	49
7.2.2.1	Constatations d'effet préjudiciable dans la procédure initiale	51
7.2.2.2	Constatations du Groupe spécial	53
7.2.2.3	Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon	57
7.2.3	Traitement moins favorable – Découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.....	64
7.2.3.1	Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 2.1 et son énonciation du critère juridique permettant de déterminer si l'effet préjudiciable sur les produits importés découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime	64
7.2.3.2	Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation du point de savoir si l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.....	72
7.2.3.2.1	Observations préliminaires	72
7.2.3.2.2	Critères d'admissibilité	77
7.2.3.2.2.1	Constatations du Groupe spécial	77
7.2.3.2.2.2	Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en donnant une interprétation erronée des constatations formulées par l'Organe d'appel dans la procédure initiale	78
7.2.3.2.3	Prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification	82
7.2.3.2.3.1	Constatations du Groupe spécial	83
7.2.3.2.3.2	Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas si les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification sont "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques	87

7.2.3.2.3.3	Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que, du fait des dispositions relatives aux déterminations, l'effet préjudiciable ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime	97
7.2.3.3	Question de savoir si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord	104
7.2.3.4	Conclusions générales sur l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC	116
7.2.4	Action de compléter l'analyse juridique	116
7.3	Articles I ^{er} , III et XX du GATT de 1994	132
7.3.1	Articles I:1 et III:4 du GATT de 1994	132
7.3.2	Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994	137
7.3.2.1	Constatations du Groupe spécial	137
7.3.2.2	Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994	141
7.3.2.2.1	Discrimination entre les pays où les mêmes conditions existent	141
7.3.2.2.2	Discrimination arbitraire ou injustifiable	145
7.3.2.2.3	Conclusion	153
7.3.3	Action de compléter l'analyse juridique	153
7.3.3.1	Articles I:1 et III:4 du GATT de 1994	154
7.3.3.2	Article XX du GATT de 1994	155
8	CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS	163

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Abréviation	Désignation
Accord OTC	Accord sur les obstacles techniques au commerce
AIDCP	Accord relatif au Programme international pour la conservation des dauphins (pièces US-23a et MEX-11 présentées au Groupe spécial initial; pièce MEX-30 présentée au Groupe spécial)
CFR	<i>Code of Federal Regulations</i> des États-Unis
CITT	Commission interaméricaine du thon des tropiques
Décision Hogarth	États-Unis, Cour d'appel du neuvième circuit, <i>Earth Island Institute et al. c. William T. Hogarth</i> , 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007) (pièce MEX-31 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-16 présentée au Groupe spécial)
Demande d'établissement d'un groupe spécial du Mexique	Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Mexique conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS381/20
DPCIA	Loi de 1990 visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins, codifiée dans USC, Titre 16, article 1385 (pièce US-5 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-8 présentée au Groupe spécial)
ETP	Eaux tropicales du Pacifique Est
Formulaire 370	NOAA, certificat d'origine de la pêche (pièce MEX-22 présentée au Groupe spécial)
GATT de 1994	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994
IDCP	Programme international pour la conservation des dauphins
LMD	limites de mortalité des dauphins
Mémoire d'accord	Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
Mesure modifiée concernant le thon	Régime d'étiquetage des produits du thon <i>Dolphin Safe</i> des États-Unis, constitué: i) de la DPCIA; ii) de la sous-partie H de la partie 216 du Titre 50 du CFR, modifiée par le règlement final de 2013 (règlement d'application); iii) de la décision Hogarth; et iv) de toutes indications concernant la mise en œuvre, directives, annonces ou tout autre document diffusé au sujet des instruments mentionnés aux points i) à iii), y compris toutes modifications ou tous changements se rapportant à ces instruments
MMPA	Loi de 1972 sur la protection des mammifères marins, modifiée
NMFS	Service national des pêcheries maritimes
NOAA	Administration nationale chargée de l'étude des océans et de l'atmosphère
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
PBP	Prélèvement biologique potentiel
Procédures de travail	Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/6, 16 août 2010
Programme TTVP	Programme de repérage et de vérification du thon du NMFS
RCC	Renseignements commerciaux confidentiels
Règlement d'application	USDOC, Service national des pêcheries maritimes/NOAA, étiquetage du thon <i>Dolphin Safe</i> , CFR, Titre 50, partie 216, sous-partie H (article 216.90 à 216.95) (pièce US-2 présentée au Groupe spécial)
Règlement d'application initial	CFR, Titre 50, article 216.91 et 216.92 (pièce US-6 présentée au Groupe spécial initial)
Règlement final de 2013	USDOC, Administration nationale chargée de l'étude des océans et de l'atmosphère (NOAA), Prescriptions documentaires renforcées étayant l'utilisation du label <i>Dolphin Safe</i> sur les produits du thon, <i>Federal Register</i> des États-Unis, volume 78, n° 131 (9 juillet 2013), pages 40997-41004 (pièce MEX-7 présentée au Groupe spécial)
Système de repérage et de vérification de l'AIDCP	AIDCP, Résolution portant adoption du système modifié de repérage et de vérification du thon (20 juin 2001) (pièce MEX-55 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-36 présentée au Groupe spécial)
TTF	Formulaires de repérage du thon
USC	<i>United States Code</i>
USDOC	Département du commerce des États-Unis

PIÈCES PRÉSENTÉES AU GROUPE SPÉCIAL CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Pièce présentée au Groupe spécial	Pièce présentée au Groupe spécial initial	Titre abrégé (le cas échéant)	Désignation
	MEX-2		National Research Council, <i>Dolphins and the Tuna Industry</i> (National Academy Press: Washington, D.C., 1992)
MEX-4	MEX-91		IDCP, Scientific Advisory Board, "Updated Estimates of N_{min} and Stock Mortality Limits", 7th Meeting (30 October 2009), Document SAB-07-05
MEX-5	MEX-117		AIDCP, 22nd Meeting of the Parties, Minutes (30 October 2009)
MEX-7		Règlement final de 2013	USDOC, National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA), Enhanced Document Requirements to Support Use of the Dolphin Safe Label on Tuna Products, <i>United States Federal Register</i> , Vol. 78, No. 131 (9 July 2013), pp. 40997-41004
MEX-8	US-5	DPCIA	Dolphin Protection Consumer Information Act of 1990, codified in USC Title 16, Section 1385
MEX-16	MEX-31	décision Hogarth	United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, <i>Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth</i> , 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007)
MEX-20			CFR Title 50, Section 216
MEX-22		formulaire 370	NOAA, Fisheries Certificate of Origin
MEX-30	US-23a et MEX-11	AIDCP	Agreement on the International Dolphin Conservation Program
MEX-36	MEX-55	système de repérage et de vérification de l'AIDCP	AIDCP, Resolution to Adopt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna (20 June 2001)
MEX-40	US-10		National Marine Fisheries Service, <i>An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Ocean</i> , Administrative Report LJ-96-20 (November 1996)
MEX-81			M.N. Maunder, "Evaluating recent trends in EPO dolphin stocks", IATTC draft paper
MEX-82			V.R. Restrepo, Chair's Report of the ISSF Tuna Dolphin Workshop held on 25-26 October 2012
MEX-84			<i>Programa Nacional de Aprovechamiento del Atún y Protección de Delfines</i> (National Program for the Utilization of Tuna and Protection of Dolphins), Statement of Dr Michael Dreyfus, Chief Researcher (28 March 2014)
MEX-115	MEX-56	résolution de l'AIDCP sur la certification <i>Dolphin Safe</i>	AIDCP, Resolution to Establish Procedures for AIDCP Dolphin Safe Tuna Certification (20 June 2001)
MEX-132			Food and Agriculture Organization, Fisheries Glossary, available at: < http://www.fao.org/fi/glossary/ >
MEX-161		Anderson, <i>Cétacés et pêche au thon</i>	R.C. Anderson, <i>Cetaceans and Tuna Fisheries in the Western and Central Indian Ocean</i> , International Pole and Line Foundation, Technical Report No. 2 (London, 2014)
US-2		règlement d'application	USDOC, National Marine Fisheries Service/NOAA, Dolphin Safe Tuna Labeling, CFR Title 50, Part 216, Subpart H (Sections 216.90-216.95)
	US-6	règlement d'application initial	CFR Title 50, Sections 216.91 and 216.92
US-26 (corrigée)			IATTC, EPO Dataset 2009-2013
US-27			IDCP, 34th Meeting of the International Review Panel held on 9-10 October 2003, "Effectiveness of Technical Guidelines to Prevent High Mortality During Sets on Large Dolphin Herds", Document IRP-34-10 (revised)

Pièce présentée au Groupe spécial	Pièce présentée au Groupe spécial initial	Titre abrégé (le cas échéant)	Désignation
US-28	US-19		B. Reilly et al., <i>Report of the Scientific Research Program Under the International Dolphin Conservation Program Act</i> (2005)
US-29			T. Gerrodette, "The Tuna-Dolphin Issue", in <i>Encyclopedia of Marine Mammals</i> , 2nd edn, W.F. Perrin, B. Würsig, J.G.M. Thewissen (eds.) (Oxford, 2009), p. 1192
US-48	US-11		A.C. Myrick, Jr. and P.C. Perkins, "Adrenocortical color darkness and correlates as indicators of continuous acute premortem stress in chased and purse-seine captured male dolphins" (1995) 2 <i>Pathophysiology</i>
US-49			IATTC, Initial assignment of DMLs for 2008 (21 November 2007)
US-127			Tables Summarizing Fishery-by-Fishery Evidence on the Record

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Citation
<i>Argentine – Peaux et cuirs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis</i> , WT/DS155/R et Corr.1, adopté le 16 février 2001
<i>Australie – Saumons</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Australie – Mesures visant les importations de saumons</i> , WT/DS18/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
<i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés</i> , WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007
<i>Canada – Aéronefs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils</i> , WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999
<i>Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS70/AB/RW, adopté le 4 août 2000
<i>Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable / Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis</i> , WT/DS412/AB/R / WT/DS426/AB/R, adoptés le 24 mai 2013
<i>CE – Accessoires de tuyauterie</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil</i> , WT/DS219/AB/R, adopté le 18 août 2003
<i>CE – Amiante</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant</i> , WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001
<i>CE – Bananes III</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> , WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997
<i>CE – Certaines questions douanières</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Certaines questions douanières</i> , WT/DS315/AB/R, adopté le 11 décembre 2006
<i>CE – Éléments de fixation (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine</i> , WT/DS397/AB/R, adopté le 28 juillet 2011
<i>CE – Éléments de fixation (Chine)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine</i> , WT/DS397/R et Corr.1, adopté le 28 juillet 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS397/AB/R
<i>CE – Hormones</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
<i>CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde – Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS141/AB/RW, adopté le 24 avril 2003
<i>CE – Préférences tarifaires</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement</i> , WT/DS246/AB/R, adopté le 20 avril 2004
<i>CE – Produits dérivés du phoque</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque</i> , WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptés le 18 juin 2014
<i>CE – Sardines</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines</i> , WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS316/R, adopté le 1 ^{er} juin 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS316/AB/R
<i>Chili – Système de fourchettes de prix</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles</i> , WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
<i>Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles – Recours de l'Argentine à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS207/AB/RW, adopté le 22 mai 2007

Titre abrégé	Citation
Chine – HP SSST (Japon) / Chine – HP SSST (UE)	Rapports de l'Organe d'appel Chine – Mesures imposant des droits antidumping sur les tubes, sans soudure, en acier inoxydable haute performance ("HP SSST") en provenance du Japon / Chine – Mesures imposant des droits antidumping sur les tubes, sans soudure, en acier inoxydable haute performance ("HP SSST") en provenance de l'Union européenne, WT/DS454/AB/R et Add.1 / WT/DS460/AB/R et Add.1, adoptés le 28 octobre 2015
Chine – Matières premières	Rapports de l'Organe d'appel Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières, WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012
Chine – Publications et produits audiovisuels	Rapport de l'Organe d'appel Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels, WT/DS363/AB/R, adopté le 19 janvier 2010
Chine – Terres rares	Rapports de l'Organe d'appel Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène, WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptés le 29 août 2014
Colombie – Bureaux d'entrée	Rapport du Groupe spécial Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée, WT/DS366/R et Corr.1, adopté le 20 mai 2009
Corée – Boissons alcooliques	Rapport de l'Organe d'appel Corée – Taxes sur les boissons alcooliques, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopté le 17 février 1999
Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf	Rapport de l'Organe d'appel Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001
Corée – Produits laitiers	Rapport de l'Organe d'appel Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers, WT/DS98/AB/R, adopté le 12 janvier 2000
États-Unis – Acier au carbone	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne, WT/DS213/AB/R, adopté le 19 décembre 2002
États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2 ^{ème} plainte)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte), WT/DS353/AB/R, adopté le 23 mars 2012
États-Unis – Article 337 de la Loi douanière	Rapport du Groupe spécial du GATT États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930, L/6439, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386
États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS257/AB/RW, adopté le 20 décembre 2005
États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS277/AB/RW, adopté le 9 mai 2006, et Corr.1
États-Unis – Chemises et blouses de laine	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde, WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1
États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle, WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012
États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS267/AB/RW, adopté le 20 juin 2008
États-Unis – Crevettes	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS58/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001
États-Unis – EPO	Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO), WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptés le 23 juillet 2012
États-Unis – EPO	Rapports du Groupe spécial États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO), WT/DS384/R / WT/DS386/R, adoptés le 23 juillet 2012, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R

Titre abrégé	Citation
États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)	Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours du Canada et du Mexique à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW, adoptés le 29 mai 2015
États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)	Rapports du Groupe spécial États-Unis – <i>Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours du Canada et du Mexique à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS384/RW et Add.1 / WT/DS386/RW et Add.1, adoptés le 29 mai 2015, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW
États-Unis – Essence	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules</i> , WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996
États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Deuxième recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS108/AB/RW2, adopté le 14 mars 2006
États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS108/AB/RW, adopté le 29 janvier 2002
États-Unis – Gluten de froment	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS166/AB/R, adopté le 19 janvier 2001
États-Unis – Jeux	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, et Corr.1
États-Unis – Maintien de la réduction à zéro	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro</i> , WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009
États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro") – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS294/AB/RW et Corr.1, adopté le 11 juin 2009
États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine</i> , WT/DS268/AB/R, adopté le 17 décembre 2004
États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (article 21:5 – Argentine)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine – Recours de l'Argentine à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS268/AB/RW, adopté le 11 mai 2007
États-Unis – Thon (CEE)	Rapport du Groupe spécial du GATT États-Unis – <i>Restrictions à l'importation de thon</i> , DS29/R, 16 juin 1994, non adopté
États-Unis – Thon (Mexique)	Rapport du Groupe spécial du GATT États-Unis – <i>Restrictions à l'importation de thon</i> , DS21/R, 3 septembre 1991, non adopté, IBDD, S39/174
États-Unis – Thon II (Mexique)	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon</i> , WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012
États-Unis – Thon II (Mexique)	Rapport du Groupe spécial États-Unis – <i>Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon</i> , WT/DS381/R, adopté le 13 juin 2012, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS381/AB/R
Japon – Boissons alcooliques II	Rapport de l'Organe d'appel Japon – <i>Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1 ^{er} novembre 1996
Japon – DRAM (Corée)	Rapport de l'Organe d'appel Japon – <i>Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée</i> , WT/DS336/AB/R et Corr.1, adopté le 17 décembre 2007
Japon – Pommes	Rapport de l'Organe d'appel Japon – <i>Mesures visant l'importation de pommes</i> , WT/DS245/AB/R, adopté le 10 décembre 2003
Japon – Produits agricoles II	Rapport de l'Organe d'appel Japon – <i>Mesures visant les produits agricoles</i> , WT/DS76/AB/R, adopté le 19 mars 1999
Mexique – Mesures antidumping visant le riz	Rapport de l'Organe d'appel Mexique – <i>Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, plainte concernant le riz</i> , WT/DS295/AB/R, adopté le 20 décembre 2005
Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)	Rapport de l'Organe d'appel Mexique – <i>Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS132/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001

Titre abrégé	Citation
<i>Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons</i> , WT/DS308/R, adopté le 24 mars 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS308/AB/R
<i>République dominicaine – Importation et vente de cigarettes</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur</i> , WT/DS302/AB/R, adopté le 19 mai 2005
<i>Thaïlande – Cigarettes (Philippines)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines</i> , WT/DS371/AB/R, adopté le 15 juillet 2011
<i>Thaïlande – Poutres en H</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne</i> , WT/DS122/AB/R, adopté le 5 avril 2001

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

**États-Unis – Mesures concernant
l'importation, la commercialisation et la
vente de thon et de produits du thon**

AB-2015-6

Section de l'Organe d'appel:

Recours du Mexique à l'article 21:5 du
Mémoire d'accord sur le règlement des
différends

Servansing, Président
Bhatia, Membre
Zhang, Membre

États-Unis, *appelant/intimé*
Mexique, *autre appelant/intimé*

Australie, *participant tiers*
Canada, *participant tiers*
Chine, *participant tiers*
Corée, *participant tiers*
Guatemala, *participant tiers*
Japon, *participant tiers*
Norvège, *participant tiers*
Nouvelle-Zélande, *participant tiers*
Thaïlande, *participant tiers*
Union européenne, *participant tiers*

1 INTRODUCTION

1.1. Les États-Unis et le Mexique font l'un et l'autre appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*.¹ Le Groupe spécial a été établi conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord) pour examiner une plainte du Mexique² concernant le manquement allégué des États-Unis à l'obligation de se conformer aux recommandations et décisions de l'Organe de règlement des différends (ORD) dans la procédure initiale relative à l'affaire *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*.³

1.2. Le présent différend porte sur le régime d'étiquetage des produits du thon *Dolphin Safe* des États-Unis. Dans la procédure initiale, le Mexique a formulé des allégations au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994) et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) contestant la compatibilité avec ces accords de certaines mesures imposées par les États-Unis en ce qui concerne l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon.⁴ Spécifiquement, le Mexique a contesté: la Loi de 1990 visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins, codifiée dans le *United States Code*, Titre 16, article 1385⁵ (DPCIA); le *Code of Federal Regulations* (CFR) des États-Unis, Titre 50, article 216.91 et 216.92 (règlement d'application initial)⁶; et la

¹ WT/DS381/RW, 14 avril 2015.

² Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Mexique conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS381/20 (demande d'établissement d'un groupe spécial du Mexique).

³ Les recommandations et décisions de l'ORD ont résulté de l'adoption, le 13 juin 2012, par l'ORD du rapport de l'Organe d'appel (WT/DS381/AB/R) et du rapport du Groupe spécial (WT/DS381/R) sur l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*. Dans le présent rapport, nous désignons le Groupe spécial qui a examiné la plainte initiale déposée par le Mexique sous le nom de "Groupe spécial initial" et son rapport sous le nom de "rapport du Groupe spécial initial".

⁴ Au cours de la procédure initiale, le Mexique a précisé que ses allégations au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'Accord OTC ne concernaient que les produits du thon, et pas le thon. Pour cette raison, le Groupe spécial initial a limité ses constatations en la matière aux produits du thon. (Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 6.10)

⁵ Pièce US-5 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-8 présentée au Groupe spécial.

⁶ Pièce US-6 présentée au Groupe spécial initial.

décision rendue par une cour d'appel fédérale des États-Unis dans l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth*⁷ (décision Hogarth).⁸ Le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont désigné ces mesures collectivement⁹ par l'expression "mesure en cause" ou l'expression "dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*".¹⁰ Dans la présente procédure de mise en conformité, nous les désignons par l'expression "mesure initiale concernant le thon".

1.3. La mesure initiale concernant le thon spécifiait les conditions devant être respectées pour que les produits du thon vendus aux États-Unis soient étiquetés *Dolphin Safe* ou que des assertions similaires soient inscrites sur leurs étiquettes.¹¹ Les conditions spécifiques variaient en fonction de la méthode de pêche utilisée pour la capture du thon contenu dans le produit du thon, la zone océanique dans laquelle le thon était capturé, et le type de navire utilisé.¹² La mesure initiale concernant le thon ne rendait pas l'utilisation du label *Dolphin Safe* obligatoire pour l'importation ou la vente de produits du thon aux États-Unis¹³, même si les préférences des détaillants et des consommateurs étaient telles que le label *Dolphin Safe* avait "une valeur commerciale importante" et que l'accès à ce label constituait un "avantage" sur le marché des produits du thon des États-Unis.¹⁴

1.4. Le Groupe spécial initial a constaté que les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* constituaient un "règlement technique" au sens de l'annexe 1.1 de l'Accord OTC.¹⁵ S'agissant de l'allégation du Mexique selon laquelle la mesure initiale concernant le thon était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial initial a constaté que le Mexique n'avait pas établi que la mesure accordait aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits du thon des États-Unis et aux produits du thon originaires d'autres pays.¹⁶ Il a donc conclu que la mesure n'était pas incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'article 2.1.¹⁷ Le Groupe spécial initial a toutefois constaté que la mesure initiale concernant le thon était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser ses objectifs légitimes, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, et a conclu pour cette raison que la mesure était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.¹⁸ S'agissant de l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.4 de l'Accord OTC, le Groupe spécial initial a constaté que la définition de la notion de "*Dolphin Safe*" et la certification *Dolphin Safe* de l'Accord relatif au programme international pour la conservation des dauphins¹⁹ (AIDCP) constituaient une norme internationale pertinente²⁰, mais que le Mexique n'avait pas prouvé que cette norme était un moyen efficace et approprié de réaliser les objectifs des

⁷ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Earth Island Institute et al. v. William T. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007) (pièce MEX-31 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-16 présentée au Groupe spécial).

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.10 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 172).

⁹ Le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont jugé approprié de traiter ces instruments juridiques comme une mesure unique aux fins de l'analyse des allégations du Mexique et de la formulation de constatations.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 2 et 172 et note de bas de page 357 y relative.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 172; rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.2. En vertu de la mesure initiale concernant le thon, seuls les produits du thon remplissant les conditions spécifiées pouvaient être étiquetés *Dolphin Safe*, et l'utilisation de cette expression, ainsi que toute référence aux dauphins, marsouins ou mammifères marins sur l'étiquette d'un produit du thon, étaient interdites si le thon contenu dans ce produit ne remplissait pas les conditions d'étiquetage applicables. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 172, 180 et 193; rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.124, 7.143 et 7.144)

¹² Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 2.7 et 2.8; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 172.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 172.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 233 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.289 à 7.291). Les aspects factuels de la procédure initiale sont exposés plus en détail aux paragraphes 2.1 à 2.41 du rapport du Groupe spécial initial et aux paragraphes 172 à 177 du rapport de l'Organe d'appel.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.62, 7.78 et 7.145.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.374.

¹⁷ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 8.1 a).

¹⁸ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.620 et 8.1 b).

¹⁹ Pièces US-23a et MEX-11 présentées au Groupe spécial initial; pièce MEX-30 présentée au Groupe spécial.

²⁰ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.707.

États-Unis au niveau de protection qu'ils avaient choisi.²¹ Par conséquent, il a constaté que la mesure initiale concernant le thon n'était pas incompatible avec l'article 2.4.²² Le Groupe spécial initial a décidé d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle à l'égard des allégations du Mexique au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.²³

1.5. En appel, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial initial n'avait pas fait erreur en qualifiant la mesure initiale concernant le thon de "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.²⁴ Il a toutefois constaté que le Groupe spécial initial avait fait erreur dans son interprétation et son application de l'expression "traitement non moins favorable" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC. Il a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* n'étaient pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et a constaté, à la place, que les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient incompatibles avec cette disposition.²⁵ En outre, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial initial avait fait erreur en concluant que la mesure initiale concernant le thon était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser les objectifs légitimes des États-Unis, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Par conséquent, il a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure initiale concernant le thon était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.²⁶ Il a également infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la définition de la notion de "*Dolphin Safe*" et la certification *Dolphin Safe* de l'AIDCP constituaient une norme internationale pertinente au sens de l'article 2.4 de l'Accord OTC, sans modifier la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure initiale concernant le thon n'était pas incompatible avec l'article 2.4 de l'Accord OTC.²⁷ Enfin, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial initial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en décidant d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle à l'égard des allégations du Mexique au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.²⁸ Il a recommandé que l'ORD demande aux États-Unis de rendre leur mesure conforme à leurs obligations au titre de l'Accord OTC.²⁹

1.6. Le 13 juin 2012, l'ORD a adopté les rapports du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel. Le 2 août 2012, le Mexique et les États-Unis ont informé l'ORD qu'il leur fallait plus de temps pour discuter du délai raisonnable mutuellement convenu dont les États-Unis disposeraient pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD.³⁰ Le 17 septembre 2012, le Mexique et les États-Unis ont informé l'ORD qu'ils étaient convenus que le délai raisonnable serait de 13 mois à compter du 13 juin 2012. Le délai raisonnable est arrivé à expiration le 13 juillet 2013.³¹

1.7. Le 9 juillet 2013, les États-Unis ont publié au *Federal Register* un instrument juridique intitulé "Prescriptions documentaires renforcées étayant l'utilisation du label *Dolphin Safe* sur les produits du thon"³² (règlement final de 2013).³³ Le règlement final de 2013 a apporté certains

²¹ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.740.

²² Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 8.1 c).

²³ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.748 et 8.2.

²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 199 et 407 a).

²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 299 et 407 b).

²⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 331 et 407 c). L'Organe d'appel a toutefois confirmé la conclusion du Groupe spécial initial selon laquelle l'objectif des États-Unis qui était de "contribuer à la protection des dauphins, en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une manière qui [avait] des effets nuisibles sur les dauphins", était un objectif légitime au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En outre, il a rejeté la demande du Mexique visant à ce qu'il constate que la mesure initiale concernant le thon était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC sur la base de la constatation du Groupe spécial initial selon laquelle la mesure ne réalisait pas entièrement ses objectifs. (*Ibid.*, paragraphes 342 et 407 d) et e))

²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 401 et 407 f).

²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 405 et 407 g).

²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 408.

³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.12 (faisant référence à la communication présentée par le Mexique et les États-Unis concernant l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS381/16).

³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.12 (faisant référence à l'Accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS381/17).

³² US Department of Commerce (USDOC), National Oceanic and Atmospheric Administration (NOAA), Enhanced Document Requirements to Support Use of the Dolphin Safe Label on Tuna Products, *United States Federal Register*, Vol. 78, No. 131 (9 July 2013), pp. 40997-41004 (pièce MEX-7 présentée au Groupe spécial).

³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.13 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 10).

changements à l'article 216.91 et 216.93 du Titre 50 du CFR.³⁴ Tant la DPCIA que la décision Hogarth sont restées inchangées.³⁵ Selon les États-Unis, le règlement final de 2013 constitue la mesure qu'ils ont prise pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord.³⁶

1.8. Le Mexique estime que les États-Unis n'ont pas rendu leur régime d'étiquetage pour les produits du thon *Dolphin Safe* conforme aux recommandations et décisions de l'ORD, et que le régime reste incompatible avec les obligations des États-Unis au titre des accords visés.³⁷ Le 2 août 2013, le Mexique et les États-Unis ont porté à la connaissance de l'ORD leurs Procédures convenues au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord³⁸ et, le 14 novembre 2013, le Mexique a demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément aux articles 6 et 21:5 du Mémoire d'accord, à l'article 14 de l'Accord OTC et à l'article XXIII du GATT de 1994.³⁹

1.9. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Mexique a indiqué que la "mesure prise pour se conformer aux recommandations et décisions" de l'ORD, ci-après appelée la "mesure modifiée concernant le thon", était constituée: i) de la DPCIA; ii) de la sous-partie H de la Partie 216 du Titre 50 du CFR des États-Unis, modifiée par le règlement final de 2013⁴⁰ (règlement d'application); iii) de la décision Hogarth; et iv) de toutes indications concernant la mise en œuvre, directives, annonces ou tout autre document diffusé au sujet des instruments mentionnés aux points i) à iii), y compris toutes modifications ou tous changements se rapportant à ces instruments.⁴¹ Le Mexique a allégué que la mesure modifiée concernant le thon était toujours incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.⁴² Sur cette base, il a demandé au Groupe spécial de constater que les États-Unis ne s'étaient pas conformés aux recommandations et décisions adoptées par l'ORD.⁴³

1.10. Le rapport du Groupe spécial a été distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) le 14 avril 2015. Avant d'examiner l'affaire quant au fond, le Groupe spécial a traité plusieurs questions préliminaires.⁴⁴ Il a rejeté deux arguments présentés par les États-Unis concernant le champ de la compétence du Groupe spécial dans la présente procédure au titre de l'article 21:5, à savoir: i) que le champ de l'examen du Groupe spécial était limité à la mesure prise pour se conformer – le règlement final de 2013 – et ne s'étendait pas à la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble; et ii) que le Groupe spécial ne pouvait pas examiner les allégations du Mexique concernant trois éléments de la mesure modifiée concernant le thon – les critères d'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe*, les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, et les prescriptions différentes concernant les observateurs ou la certification – parce que ces éléments restaient inchangés par rapport à la mesure initiale concernant le thon et n'avaient pas été jugés incompatibles avec les règles de l'OMC par l'Organe d'appel dans la procédure initiale. Le Groupe spécial a estimé que la question de droit dont il était saisi était celle de savoir si la mesure modifiée concernant le thon, y compris le règlement final

³⁴ L'article 216.92 du règlement d'application initial n'a pas été modifié par le règlement final de 2013. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.32 et 3.39)

³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.32.

³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.13.

³⁷ Demande d'établissement d'un groupe spécial du Mexique, page 2.

³⁸ WT/DS381/19. Les parties sont convenues, entre autres choses, qu'au cas où l'ORD, à la suite d'une procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, statuerait qu'une mesure prise pour se conformer n'existe pas ou est incompatible avec un accord visé de l'OMC, le Mexique pourrait demander l'autorisation de suspendre, à l'égard des États-Unis, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés, conformément à l'article 22 du Mémoire d'accord, et que les États-Unis n'affirmeraient pas que le Mexique était dans l'impossibilité d'obtenir cette autorisation parce que sa demande avait été présentée après l'expiration du délai de 30 jours prévu à l'article 22:6 du Mémoire d'accord.

³⁹ WT/DS381/20.

⁴⁰ USDOC, National Marine Fisheries Service/NOAA, Dolphin Safe Tuna Labeling, CFR Title 50, Part 216, Subpart H (Sections 216.90-216.95) as amended (pièce US-2 présentée au Groupe spécial).

⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.1.

⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.2. Le Mexique a également allégué que la mesure modifiée concernant le thon annulait ou compromettait des avantages résultant pour lui du GATT de 1994 au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT de 1994.

⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.3 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 331).

⁴⁴ Une question procédurale traitée par le Groupe spécial a été la demande de droits de tierce partie renforcés présentée par l'Union européenne. Après avoir examiné la demande et consulté les parties, le Groupe spécial a décidé de rejeter la demande. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.8)

de 2013, mettait les États-Unis en conformité avec le droit de l'OMC⁴⁵, et qu'il était compétent pour examiner toutes les allégations du Mexique, y compris celles qui se rapportaient aux critères d'admissibilité, aux prescriptions concernant la certification et aux prescriptions concernant le repérage et la vérification.⁴⁶ En outre, au début de son analyse de l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, au vu des constatations formulées dans la procédure initiale et de l'accord des deux parties, le Groupe spécial a admis que le régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis était un "règlement technique" aux fins de l'Accord OTC et que les produits du thon pertinents étaient "similaires".⁴⁷

1.11. Dans son rapport, le Groupe spécial a formulé les constatations suivantes en ce qui concerne les "critères d'admissibilité", les "prescriptions concernant la certification" et les "prescriptions concernant le repérage et la vérification" prévus par la mesure modifiée concernant le thon⁴⁸:

- a. s'agissant des allégations du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC:
 - i. les critères d'admissibilité prévus par la mesure modifiée concernant le thon n'accordent pas au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, et sont donc compatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC⁴⁹;
 - ii. les prescriptions différentes concernant la certification prévues par la mesure modifiée concernant le thon accordent au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC⁵⁰; et
 - iii. les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon accordent au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC⁵¹;
- b. s'agissant des allégations du Mexique au titre du GATT de 1994:
 - i. les critères d'admissibilité prévus par la mesure modifiée concernant le thon accordent au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.24 et 7.43. Le Groupe spécial a dit que cette tâche lui imposait nécessairement d'examiner non seulement la teneur du règlement final de 2013 lui-même, mais aussi la façon dont le règlement final de 2013 interagissait (ou n'interagissait pas) avec les autres éléments constitutifs de la mesure modifiée concernant le thon. (*Ibid.*, paragraphe 7.23)

⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.43. Le Groupe spécial n'a pas partagé l'avis des États-Unis selon lequel le règlement final de 2013 était "dissociable du reste de la mesure concernant le thon". Il a à l'inverse estimé que le règlement final de 2013 faisait "partie intégrante de la mesure modifiée concernant le thon" et que "le fait qu'il ajout[ait] de nouvelles prescriptions au lieu de modifier des prescriptions préexistantes ... n'[avait] ... pas pour effet de soustraire à [sa] compétence le reste de la mesure concernant le thon, qui faisait l'objet des recommandations et décisions de l'ORD". (*Ibid.*, paragraphe 7.41 (note de bas de page omise))

⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.71 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.251; au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 202; à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 205 et 208; à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 181; et à la deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 181).

⁴⁸ Les "critères d'admissibilité", les "prescriptions concernant la certification" et les "prescriptions concernant le repérage et la vérification" prévus par la mesure modifiée concernant le thon sont expliqués *infra* aux paragraphes 6.8 à 6.14 et 7.5.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.135 et 8.2.a.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.233, 7.263 et 8.2.b.

⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.402 et 8.2.c.

produits similaires originaires de tout autre pays, en violation des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994⁵²;

- ii. les prescriptions différentes concernant la certification prévues par la mesure modifiée concernant le thon accordent au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, en violation des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994⁵³; et
- iii. les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon accordent au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, en violation des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994⁵⁴;
- c. s'agissant du moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX g) du GATT de 1994, les critères d'admissibilité, les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification prévus par la mesure modifiée concernant le thon sont provisoirement justifiés au regard de l'article XX g)⁵⁵; et
- d. s'agissant de la question de savoir si les aspects contestés de la mesure modifiée concernant le thon satisfont aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, les critères d'admissibilité prévus par la mesure modifiée concernant le thon sont appliqués d'une manière qui satisfait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX, alors que les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification sont appliquées d'une manière qui ne satisfait pas aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.⁵⁶

1.12. Le Groupe spécial a recommandé, conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord, que l'ORD demande aux États-Unis de rendre leur mesure conforme à leurs obligations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994.⁵⁷

1.13. Le 5 juin 2015, les États-Unis ont notifié à l'ORD, conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord, leur intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, et ont déposé une déclaration d'appel et une communication d'appelant.⁵⁸ Le 10 juin 2015, le Mexique a notifié à l'ORD, conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord, son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, et a déposé une déclaration d'un autre appel et une communication d'autre appelant.⁵⁹ Le 23 juin 2015, le Mexique et les États-Unis ont chacun déposé une communication d'intimé.⁶⁰ Le 26 juin 2015, le Canada, le Japon, la Nouvelle-Zélande et l'Union européenne ont chacun déposé une communication de participant tiers.⁶¹ Le même jour, l'Australie, la Chine, la Corée, le Guatemala et la Norvège ont chacun notifié leur intention de comparaître à l'audience en tant que participant tiers.⁶² Le 17 septembre 2015, la Thaïlande a aussi notifié son intention de comparaître à l'audience en tant que participant tiers.⁶³

⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.451, 7.499 et 8.3.a.

⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.456, 7.501 et 8.3.b.

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.465, 7.503 et 8.3.c.

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.541 et 8.4.

⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.585, 7.605, 7.611 et 8.5.

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.6.

⁵⁸ Conformément aux règles 20 et 21, respectivement, des Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/6, 16 août 2010 (Procédures de travail).

⁵⁹ Conformément à la règle 23 des Procédures de travail.

⁶⁰ Conformément aux règles 22 et 23 4) des Procédures de travail.

⁶¹ Conformément à la règle 24 1) des Procédures de travail.

⁶² Conformément à la règle 24 2) des Procédures de travail.

⁶³ Le 17 septembre 2015, la Thaïlande a communiqué au Secrétariat de l'Organe d'appel ainsi qu'aux participants et participants tiers au présent différend la liste de sa délégation à l'audience. Aux fins du présent

1.14. Le 13 juillet 2015, la section de l'Organe d'appel connaissant du présent appel a informé les participants et les participants tiers que l'audience aurait lieu les 7-8 septembre 2015. Le 15 juillet 2015, la section a reçu du Mexique une lettre dans laquelle il demandait que l'audience n'ait pas lieu aux dates prévues parce qu'un membre essentiel de son équipe chargée du différend ne serait pas disponible à ces dates-là. Le Mexique a affirmé que participer à l'audience avec une équipe de juristes réduite aurait une incidence sur sa capacité de présenter de manière adéquate ses arguments à l'Organe d'appel. Il a demandé à la section de modifier la date de l'audience en fixant une date soit antérieure soit postérieure aux 7-8 septembre 2015, et a proposé les 3-4 septembre ou les 21-22 septembre comme autres dates possibles. La section a écrit aux États-Unis et aux participants tiers pour leur demander leur avis sur la demande du Mexique. Ni les États-Unis ni aucun des participants tiers ne s'est opposé à la demande du Mexique, du moins pour ce qui était des dates proposées des 21-22 septembre 2015. Le 21 juillet 2015, la section a rendu une décision procédurale dans laquelle elle constatait que le Mexique avait identifié des "circonstances exceptionnelles", au sens de la règle 16 2) des Procédures de travail pour l'examen en appel⁶⁴, qui justifiaient la modification des dates de l'audience, et décidait de tenir l'audience les 21-22 septembre 2015.⁶⁵ Pour parvenir à sa conclusion, la section a pris en compte le droit du Mexique de défendre dûment sa cause, ainsi que le fort niveau d'activité que connaissait actuellement le système de règlement des différends de l'OMC, qui pouvait compromettre la capacité d'un Membre de participer de manière effective à de multiples procédures parallèles.⁶⁶

1.15. Dans une lettre datée du 3 août 2015⁶⁷, le Président de l'Organe d'appel a notifié au Président de l'ORD que l'Organe d'appel ne serait pas en mesure de distribuer son rapport dans le délai de 60 jours prévu à l'article 17:5 du Mémoire d'accord, ni dans le délai de 90 jours prévu dans la même disposition. Le Président de l'Organe d'appel a expliqué que cela était dû à divers facteurs, y compris la charge de travail considérable de l'Organe d'appel, des problèmes de calendrier découlant d'un chevauchement dans la composition des sections connaissant d'appels en cours simultanément devant l'Organe d'appel, le report de l'audience dans le présent appel, le nombre et la complexité des questions soulevées dans la présente procédure d'appel et dans les procédures d'appel concomitantes, et le manque de personnel au Secrétariat de l'Organe d'appel. Le Président de l'Organe d'appel a estimé que le rapport concernant le présent appel serait distribué aux Membres de l'OMC au plus tard le vendredi 20 novembre 2015.

1.16. L'audience dans le présent appel a eu lieu les 21-22 septembre 2015. Les participants et cinq des participants tiers (Australie, Canada, Japon, Norvège et Nouvelle-Zélande) ont fait des déclarations orales liminaires. Les participants et les participants tiers ont répondu aux questions posées par les membres de la section de l'Organe d'appel connaissant de l'appel.⁶⁸

2 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS

2.1. Les allégations et arguments des participants sont reproduits dans les résumés analytiques de leurs communications écrites qu'ils ont fournis à l'Organe d'appel.⁶⁹ Les déclarations d'appel et d'un autre appel et les résumés analytiques des allégations et arguments des participants figurent aux annexes A et B de l'addendum au présent rapport, WT/DS381/AB/RW/Add.1.

appel, nous avons interprété cette action comme une notification exprimant l'intention de la Thaïlande d'assister à l'audience conformément à la règle 24 4) des Procédures de travail.

⁶⁴ WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

⁶⁵ La décision procédurale est reproduite à l'annexe D de l'addendum au présent rapport, WT/DS381/AB/RW/Add.1.

⁶⁶ L'Organe d'appel a noté, en particulier, que certains membres au moins des équipes de juristes représentant les États-Unis et le Mexique dans le présent appel représentaient également ces Membres dans la procédure d'arbitrage concernant l'affaire *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*, et qu'une audience dans cette procédure était prévue pour les 15-16 septembre 2015.

⁶⁷ WT/DS381/26.

⁶⁸ Le 29 juin 2015, l'Organe d'appel a reçu un mémoire d'*amicus curiae* non demandé de la part d'un professeur de droit. La section connaissant du présent appel n'a pas jugé nécessaire de s'appuyer sur ce mémoire d'*amicus curiae* pour rendre sa décision.

⁶⁹ Conformément à la communication de l'Organe d'appel concernant les "Résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" et les "Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel". (WT/AB/23, 11 mars 2015)

3 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS

3.1. Les arguments des participants tiers qui ont présenté des communications écrites sont reproduits dans les résumés analytiques de leurs communications écrites qu'ils ont fournis à l'Organe d'appel⁷⁰, et figurent à l'annexe C de l'addendum au présent rapport, WT/DS381/AB/RW/Add.1.

4 QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL

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

- a. si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 2.1 de l'Accord OTC, et des articles I:1, III:4 et XX du GATT de 1994, en formulant des constatations distinctes concernant chacun des trois ensembles différents de prescriptions prévus par la mesure modifiée concernant le thon⁷¹, au lieu de formuler des constatations au titre de ces dispositions pour la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble (soulevée par le Mexique);
- b. s'agissant de l'article 2.1 de l'Accord OTC:
 - i. s'agissant de l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon, si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifiaient les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis au motif que ces prescriptions imposaient une charge moindre pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'intérieur de cette pêcherie (soulevée par les États-Unis);
 - ii. s'agissant de l'analyse par le Groupe spécial de la question de savoir si l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime:
 - si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 2.1 en énonçant un critère juridique incorrect (soulevée par les États-Unis);
 - s'agissant des "critères d'admissibilité" (soulevée par le Mexique):
 - si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 2.1 en donnant une interprétation erronée des constatations formulées par l'Organe d'appel dans la procédure initiale; et
 - si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec son devoir de procéder à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en établissant ses constatations: i) concernant les effets nuisibles non observés sur les dauphins de la méthode de pêche par "encerclement" des dauphins; ii) concernant les effets nuisibles non observés sur les dauphins des méthodes de pêche au thon autres que l'"encerclement" des dauphins; et iii) selon lesquelles l'Organe d'appel avait constaté dans la procédure initiale que l'encerclement des dauphins était plus dommageable pour les dauphins que les autres méthodes de pêche; et

⁷⁰ Conformément à la communication de l'Organe d'appel concernant les "Résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" et les "Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel". (WT/AB/23, 11 mars 2015)

⁷¹ Les trois ensembles différents de prescriptions – les "critères d'admissibilité", les "prescriptions concernant la certification" et les "prescriptions concernant le repérage et la vérification" – prévus par la mesure modifiée concernant le thon sont expliqués *infra* aux paragraphes 6.8 à 6.14 et 7.5.

-
- s'agissant des "prescriptions concernant la certification" et des "prescriptions concernant le repérage et la vérification":
 - si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 2.1 en ne tenant pas compte: i) des niveaux de risque différents pour les dauphins à l'intérieur et à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP; ou ii) du fait que les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification qui s'appliquaient à la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP reflétaient des obligations internationales découlant de l'AIDCP (soulevée par les États-Unis);
 - si le Groupe spécial a fait abstraction d'éléments de preuve versés au dossier et a donc agi d'une manière incompatible avec son devoir de procéder à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ne constatant pas: i) que les capitaines, dans certains cas, étaient incités sur le plan économique à ne pas déclarer toutes les blessures et morts des dauphins; et ii) que l'association entre les thons et les dauphins, et l'encerclement des dauphins avaient lieu dans certaines zones océaniques à l'extérieur de l'ETP (soulevée par le Mexique); et
 - si, en ce qui concerne les "dispositions relatives aux déterminations"⁷² (soulevée par les États-Unis):
 - o le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 2.1: i) en plaçant indûment la cause du Mexique; et ii) en formulant ses constatations sur la base uniquement de la conception des dispositions relatives aux déterminations et non de leur application;
 - o le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec son devoir de procéder à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ne fondant pas ses constatations sur une base d'éléments de preuve suffisante; et
 - c. si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article I:1 du GATT de 1994 à la mesure modifiée concernant le thon en constatant que les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon accordaient aux produits du thon en provenance des autres Membres un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" qui n'était pas, "immédiatement et sans condition, étendu[]" aux produits similaires en provenance du Mexique parce qu'elles imposaient une charge moindre pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'intérieur de cette pêche (soulevée par les États-Unis);
 - d. si le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article III:4 du GATT de 1994 à la mesure modifiée concernant le thon en constatant que les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon soumettaient les produits du thon mexicains à un "traitement moins favorable" que celui qui était accordé aux produits nationaux similaires parce qu'elles imposaient une charge moindre pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport aux produits du thon

⁷² Les "dispositions relatives aux déterminations" prévues par la mesure modifiée concernant le thon sont expliquées *infra* au paragraphe 6.11.

obtenus à partir de thon capturé à l'intérieur de cette pêcherie (soulevée par les États-Unis); et

- e. s'agissant du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994:
- i. si, en évaluant des "pays où les mêmes conditions existent", le Groupe spécial a fait erreur dans son application du texte introductif de l'article XX en constatant:
 - que les conditions n'étaient pas les mêmes pour ce qui est des critères d'admissibilité (soulevée par le Mexique); ou
 - que les conditions étaient les mêmes pour ce qui est des prescriptions concernant la certification et des prescriptions concernant le repérage et la vérification (soulevée par les États-Unis);
 - ii. si, en évaluant la "discrimination arbitraire ou injustifiable":
 - le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation du texte introductif de l'article XX en énonçant un critère juridique incorrect et en s'appuyant indûment sur son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC (soulevée par les États-Unis);
 - le Groupe spécial a fait erreur dans son application du texte introductif de l'article XX en constatant que les critères d'admissibilité n'étaient pas appliqués de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable (soulevée par le Mexique);
 - le Groupe spécial a fait erreur dans son application du texte introductif de l'article XX, en constatant que les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification étaient appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable et, plus spécifiquement, si le Groupe spécial a fait erreur (soulevée par les États-Unis):
 - en ne tenant pas compte des niveaux de risque différents pour les dauphins à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP;
 - en ne tenant pas compte du fait que les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification qui s'appliquaient à la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP reflétaient des obligations internationales découlant de l'AIDCP; et
 - en constatant que, du fait des dispositions relatives aux déterminations, les prescriptions concernant la certification constituaient un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable.

5 QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

5.1 Renseignements commerciaux confidentiels

5.1. Sur la page de couverture de la communication du Mexique en tant qu'intimé, il est indiqué que celle-ci "[c]ontient des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) à la page 13".⁷³ Le Mexique indique également dans la lettre d'accompagnement de sa communication en tant qu'intimé qu'il a remis une "version non-RCC" de cette communication aux participants tiers.

⁷³ À la page 13 de cette communication, deux phrases du paragraphe 29 et quatre phrases de la note de bas de page 50 relative à ce paragraphe figurent entre double crochets, ce qui signifie qu'elles constituent des RCC.

5.2. Aucun des participants n'a demandé que nous adoptions des procédures spéciales pour le traitement des renseignements désignés comme RCC dans la présente procédure d'appel, bien que l'Union européenne demande, dans sa communication de participant tiers, que la question des RCC soit examinée dans le présent rapport. Cependant, l'Union européenne ne fait pas référence à la communication du Mexique en tant qu'intimé. En fait, elle affirme que, dans la présente procédure, sa capacité de formuler des observations sur le rapport du Groupe spécial est compromise par l'importante suppression de texte dont il est dit qu'il contient des RCC du raisonnement du Groupe spécial s'agissant des prescriptions concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon.⁷⁴

5.3. Dans les différends portant sur des questions concernant les RCC, l'Organe d'appel a souligné la nécessité de faire la distinction entre "le niveau général de confidentialité qui s'applique dans les procédures de règlement des différends de l'OMC, tel qu'il est prévu aux articles 18:2 et 13:1 du Mémoire d'accord" et "le niveau additionnel de protection des renseignements commerciaux sensibles qu'un groupe spécial peut choisir d'adopter, d'ordinaire à la demande d'une partie".⁷⁵ C'est aux parties qu'il appartient de demander une protection additionnelle des RCC et d'en justifier la nécessité.⁷⁶ C'est au groupe spécial et/ou à l'Organe d'appel, s'appuyant sur des critères objectifs, qu'il appartient de déterminer si des renseignements particuliers méritent une protection additionnelle, ainsi que le degré de protection qui est justifié.⁷⁷ Lorsque des procédures additionnelles visant à protéger les RCC sont adoptées, le groupe spécial et/ou l'Organe d'appel doivent également "rendre une décision concernant tout désaccord ou différend qui peut survenir dans le cadre de ces procédures au sujet de la désignation ou du traitement de renseignements comme des renseignements commerciaux confidentiels".⁷⁸ C'est en outre à l'organe juridictionnel qu'il appartient de faire en sorte qu'un équilibre approprié soit trouvé entre la nécessité de préserver d'un risque de préjudice qui pourrait résulter de la divulgation de renseignements particulièrement sensibles, d'une part, et l'intégrité de la procédure juridictionnelle, les droits de participation des participants tiers, et les droits et les intérêts systémiques de l'ensemble des Membres de l'OMC, d'autre part.⁷⁹ Le même équilibre doit être trouvé par un groupe spécial lorsqu'il applique toutes procédures additionnelles adoptées. Cela signifie, entre autres, que, lorsqu'il examine l'opportunité de supprimer des renseignements de son rapport, un groupe spécial "devrait garder à l'esprit les droits des tierces parties et des autres Membres de l'OMC au titre des diverses dispositions du Mémoire d'accord"⁸⁰ et "faire en sorte que la version publique de son rapport qui est distribuée à tous les Membres de l'OMC soit compréhensible".⁸¹

5.4. Dans la présente procédure, même si la page de couverture du rapport du Groupe spécial ne mentionne pas les RCC, le Groupe spécial a supprimé, entièrement ou en partie, 17 paragraphes et 3 notes de bas de page de son rapport, remplaçant dans chaque cas le texte supprimé par la

⁷⁴ L'Union européenne soutient que sa capacité de formuler des observations sur l'analyse des prescriptions concernant le repérage et la vérification par le Groupe spécial est "limitée" par le rapport du Groupe spécial distribué aux Membres, qui "contient de nombreux cas dans lesquels les renseignements dont il est allégué qu'ils sont confidentiels ont été largement supprimés". Elle note que certains de ces renseignements étaient décrits par le Groupe spécial comme "crucia[ux]" pour son évaluation. (Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 52 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.561)) Elle remarque que sa capacité de participer en tant que participant tiers a été sensiblement réduite et, se référant à l'article 18:2 du Mémoire d'accord, considère que le rapport du Groupe spécial aurait dû contenir une indication sur l'importance des suppressions et un résumé non confidentiel des renseignements supprimés. (*Ibid.*, paragraphe 52)

⁷⁵ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – HP SSST (Japon)/Chine – HP SSST (UE)*, paragraphe 5.315.

⁷⁶ Dans l'affaire *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a expliqué que la "charge [de la justification] augment[erait] d'autant plus que les arrangements proposés affect[eraient] l'exercice par l'Organe d'appel de ses devoirs juridictionnels, l'exercice par les participants de leur droit à une procédure régulière et à l'obtention d'une décision concernant le différend, l'exercice par les participants tiers de leurs droits de participation, et les droits et les intérêts systémiques de l'ensemble des Membres de l'OMC". (Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, annexe III, Décision procédurale du 10 août 2010, paragraphe 10. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Chine – HP SSST (Japon)/Chine – HP SSST (UE)*, paragraphe 5.311.)

⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, annexe III, Décision procédurale du 10 août 2010, paragraphe 15.

⁷⁸ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – HP SSST (Japon)/Chine – HP SSST (UE)*, paragraphe 5.311.

⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, annexe III, Décision procédurale du 10 août 2010, paragraphe 15.

⁸⁰ Par exemple, les articles 12:7 et 16 du Mémoire d'accord. Voir le rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 279.

⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 279.

mention suivante: "[[RCC]]".⁸² Nous ne voyons aucune indication dans le dossier du Groupe spécial donnant à penser que le Mexique ou les États-Unis ont demandé l'adoption de procédures spéciales pour protéger les RCC. Le dossier ne montre pas non plus que le Groupe spécial a adopté de telles procédures ni dans le cadre de ses Procédures de travail ni sur une base *ad hoc*.⁸³ Le rapport du Groupe spécial n'indique pas non plus les critères utilisés pour identifier les renseignements considérés comme constituant des RCC. Nous sommes donc surpris par le fait que le Groupe spécial a supprimé des parties de son raisonnement de son rapport et ne voyons pas très bien sur quel fondement juridique il s'est appuyé pour le faire.

5.5. Nous faisons également observer que, en l'absence de toute demande de la part des participants, les procédures pour une protection additionnelle des RCC ne s'appliquent pas dans la présente procédure d'appel.

5.2 Champ de la procédure au titre de l'article 21:5

5.6. Une deuxième question préliminaire porte sur le champ de la présente procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. Nous notons que ni le Mexique ni les États-Unis n'allèguent en appel que le Groupe spécial a fait erreur en interprétant l'article 21:5, ou en interprétant le champ et la nature de la procédure menée au titre de cette disposition.⁸⁴ Néanmoins, nous jugeons utile de rappeler certaines observations que l'Organe d'appel a formulées antérieurement à cet égard.

5.7. La tâche d'un groupe spécial agissant en vertu de l'article 21:5 du Mémoire d'accord est de résoudre les désaccords "au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions" de l'ORD.⁸⁵ Une procédure au titre de l'article 21:5 intéresse "une nouvelle mesure différente dont le groupe spécial initial n'était pas saisi"⁸⁶, de sorte que "les allégations, arguments et éléments de fait qui sont pertinents en ce qui concerne la "mesure prise pour se conformer" ne [sont] pas nécessairement les mêmes que ceux qui étaient pertinents dans le cadre du différend initial".⁸⁷ Lorsqu'un Membre révisé une mesure dont il a été constaté qu'elle était incompatible avec les règles de l'OMC dans la procédure initiale en modifiant uniquement certains aspects et en laissant les autres inchangés, cette révision, en principe, fait de la mesure initiale "dans son intégralité"⁸⁸ une "nouvelle mesure

⁸² Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.15, 6.16, 6.18, 7.309 à 7.311, 7.319 à 7.322, 7.356 à 7.359, 7.361, 7.362, et 7.370, et notes de bas de page 79, 515 et 579 y relatives. Nous notons que le dossier du Groupe spécial transmis à l'Organe d'appel contient une version du rapport du Groupe spécial qui porte la mention "[VERSION RCC]" sur sa page de couverture, qui porte la cote "WT/DS381/BCI/RW" sur chaque page et qui inclut tout le texte supprimé du rapport du Groupe spécial distribué aux Membres le 14 avril 2015, qui porte la cote "WT/DS381/RW" sur chaque page.

⁸³ Les participants ont confirmé notre interprétation à cet égard dans leurs réponses aux questions posées à l'audience.

⁸⁴ Cependant, les États-Unis ont bien fait valoir devant le Groupe spécial que le règlement final de 2013 était le seul instrument constituant la "mesure prise pour se conformer" aux recommandations et décisions de l'ORD et que le Groupe spécial devrait limiter le champ de son examen à cet instrument juridique. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.17 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 13; et à la deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 4)) Les États-Unis ont également fait valoir que les trois éléments de la mesure modifiée concernant le thon sur laquelle le Mexique avait fondé ses allégations – à savoir les critères d'admissibilité, les prescriptions concernant la certification, et les prescriptions concernant le repérage et la vérification – étaient tous inchangés par rapport à la mesure initiale, et que le Mexique ne pouvait donc pas formuler d'allégation concernant ces éléments dans la présente procédure de mise en conformité. (*Ibid.*, paragraphe 7.27) Le Groupe spécial a rejeté les arguments des États-Unis. Il a appliqué le raisonnement selon lequel, entre autres, une mesure en conformité est, en principe, une "mesure nouvelle et différente" même lorsqu'elle contient des aspects qui restent inchangés par rapport à la mesure initiale. (*Ibid.*, paragraphe 7.39 (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (article 21:5 – CE)*, paragraphe 432; et *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 36)) Ainsi, le Groupe spécial a indiqué que son mandat était d'examiner "si la mesure modifiée concernant le thon, y compris le règlement final de 2013, met[tait] les États-Unis en conformité" avec les Accords de l'OMC. (*Ibid.*, paragraphes 7.24 et 7.43 (pas d'italique dans l'original))

⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 102. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *CE – Éléments de fixation (Chine) (article 21:5 – Chine)*, paragraphes 7.22 et 7.23.

⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 41.

⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 41.

⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphe 87.

différente".⁸⁹ De fait, même lorsque certains éléments d'une mesure de mise en conformité restent inchangés par rapport à la mesure initiale, la portée et l'incidence juridiques de ces éléments peuvent être altérées par suite des modifications introduites dans d'autres parties de la mesure de mise en conformité.⁹⁰

5.8. Lorsqu'ils examinent la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure "prise pour se conformer", les groupes spéciaux de la mise en conformité devraient être attentifs aux principes du règlement rapide des différends énoncés à l'article 3:3 du Mémoire d'accord.⁹¹ Par conséquent, la procédure de mise en conformité ne peut pas être utilisée "pour revenir" sur des questions qui ont été tranchées sur le fond dans la procédure initiale.⁹² En même temps, si certaines allégations contre des aspects d'une mesure n'ont pas été tranchées quant au fond dans la procédure initiale, "elles ne sont pas visées par les recommandations et décisions de l'ORD" et, par conséquent, "un Membre ne devrait pas être en droit de supposer que ces aspects de la mesure sont compatibles avec les accords visés".⁹³ Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, l'Organe d'appel a indiqué qu'"[u]n Membre plaignant ne serait normalement pas autorisé à formuler, dans une procédure au titre de l'article 21:5, des allégations qu'il aurait pu présenter dans la procédure initiale, mais qu'il n'a pas présentées".⁹⁴ Dans l'affaire *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, l'Organe d'appel a précisé, cependant, que cela n'était pas le cas pour "les nouvelles allégations à l'encontre d'une mesure prise pour se conformer" lorsque cette mesure "incorpor[ait] des composants de la mesure initiale qui [étaient] inchangés mais [n'étaient] pas dissociables des autres aspects de la mesure prise pour se conformer".⁹⁵ Ainsi, la possibilité de contester un élément de la mesure en cause pour la première fois dans la procédure de mise en conformité, même si cet élément peut ne pas avoir changé, dépend largement de la "question fondamentale" de savoir si un tel élément fait "partie intégrante de la mesure prise pour se conformer".⁹⁶

5.9. L'Organe d'appel a également expliqué que "les procédures au titre de l'article 21:5 ne se déroul[ent] pas indépendamment des procédures initiales, mais que les deux procédures s'inscriv[ent] dans une suite d'événements".⁹⁷ Comme l'article 21:5 du Mémoire d'accord relie expressément les "mesures prises pour se conformer" aux recommandations et décisions de l'ORD concernant la mesure initiale, l'examen d'une mesure prise pour se conformer effectué par un groupe spécial "ne peut ... pas être entrepris sans tenir compte des constatations du groupe

⁸⁹ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 432; *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 41.

⁹⁰ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, note de bas de page 101 relative au paragraphe 86. L'Organe d'appel a appliqué le raisonnement selon lequel un changement apporté à un élément de la détermination antidumping établie pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD – c'est-à-dire le volume des "importations faisant l'objet d'un dumping" – pouvait affecter un autre élément de cette détermination qui restait inchangé par rapport à la mesure initiale – c'est-à-dire le dommage causé par les "autres facteurs".

⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphe 94. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphe 97; et *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 236.

⁹² Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 7.47 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 427; et faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphes 96 à 98). Ainsi, par exemple, un plaignant qui n'a pas fourni, dans la procédure initiale, des éléments *prima facie* concernant un élément de la mesure qui est resté inchangé depuis la procédure initiale "ne peut pas revenir sur l'allégation en ce qui concerne l'élément inchangé de la mesure dans la procédure au titre de l'article 21:5". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 210 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphe 93)) De même, "un plaignant ne peut pas réitérer la même allégation à l'encontre d'un aspect inchangé de la mesure dont il a été constaté qu'il était compatible avec les règles de l'OMC dans la procédure initiale". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 210 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphe 96) (en italique dans l'original))

⁹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 424.

⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 211.

⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 432.

⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 434. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *CE – Éléments de fixation (Chine) (article 21:5 – Chine)*, paragraphe 7.65.

⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 136 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 121). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 386.

spécial initial et de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD"⁹⁸, mais doit plutôt être réalisé "en ayant dûment connaissance de ce contexte".⁹⁹ De fait, "on pourrait avoir des doutes au sujet de la nature objective de l'évaluation faite par un groupe spécial au titre de l'article 21:5" si, s'agissant d'une question spécifique, celui-ci devait "s'écarter du raisonnement" figurant dans le rapport du groupe spécial initial "en l'absence de toute modification des éléments de preuve correspondants versés au dossier".¹⁰⁰ En d'autres termes, un groupe spécial de la mise en conformité devrait tenir dûment compte du raisonnement pertinent qui a conduit à ce qu'il soit constaté que la mesure initiale était incompatible avec les règles de l'OMC dans son examen du point de savoir si la mesure prise pour se conformer remédie à ces incompatibilités avec les règles de l'OMC. La pertinence du raisonnement et des constatations relatifs à la procédure initiale pour l'analyse du groupe spécial de la mise en conformité doit être déterminée au cas par cas et peut varier en fonction de facteurs tels que le degré de similitude entre la mesure prise pour se conformer et la mesure initiale, ou la mesure dans laquelle les particularités du marché pertinent ont changé.

6 CONTEXTE ET PRÉSENTATION DE LA MESURE EN CAUSE

6.1. La présente procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord concerne un régime d'étiquetage applicable aux produits du thon¹⁰¹ maintenu par les États-Unis.

6.2. La pêche au thon commerciale peut avoir des effets dommageables sur les mammifères marins, y compris les dauphins, et ces effets peuvent varier en fonction de facteurs tels que la méthode de pêche utilisée, la taille du navire de pêche et la zone océanique dans laquelle le navire pratique la pêche au thon. Depuis les années 1970¹⁰², les États-Unis ont pris certaines mesures intérieures, et ont participé à certaines initiatives multilatérales, visant à réduire les effets nuisibles sur les dauphins associés aux opérations de pêche commerciale.

6.3. En 1990, les États-Unis ont mis en place un régime national d'étiquetage *Dolphin Safe* des produits du thon par la promulgation de la DPCIA.¹⁰³ Comme il est expliqué plus loin, cet instrument, tel que modifié ultérieurement, ainsi que son règlement d'application et une décision judiciaire, constituent la "mesure modifiée concernant le thon", qui est la mesure en cause dans la présente procédure de mise en conformité. Conjointement, ces instruments visent à: i) faire en sorte que les consommateurs ne soient pas trompés ou induits en erreur quant à la question de savoir si les produits du thon contiennent du thon capturé d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins; et ii) contribuer à la protection des dauphins, en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une

⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 136 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 102; et *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 77).

⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 136 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 121).

¹⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 103. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 386.

¹⁰¹ La DPCIA définit un "produit du thon" à l'article 1385 c) 5) comme étant une "denrée alimentaire qui contient du thon et qui a été transformée pour la vente au détail, à l'exception des sandwiches, salades ou autres produits périssables, d'une durée de conservation inférieure à trois jours". De plus, aux fins de l'article 216 du Titre 50 du CFR, un "produit du thon" désigne "tout produit alimentaire transformé pour la vente au détail et destiné à la consommation humaine ou animale" qui contient l'une des espèces de thon énumérées dans le Titre 50 du CFR, article 216.24 f) 2) i) et ii), mais qui n'inclut pas "de produits périssables d'une durée de conservation inférieure à trois jours". (Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.60 et 7.61)

¹⁰² Dans la procédure initiale, le Mexique a fait observer que "[l]a principale loi des États-Unis relative à la question générale de la protection des dauphins et d'autres mammifères marins [était] la Loi de 1972 sur la protection des mammifères marins, telle que modifiée ("MMPA")". (Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 4.17)

¹⁰³ Certains aspects de la MMPA et de la DPCIA ont été contestés par le Mexique et les Communautés économiques européennes dans des différends engagés au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947, mais les rapports des groupes spéciaux dans ces différends n'ont jamais été adoptés. Ces rapports sont les rapports des Groupes spéciaux du GATT *États-Unis – Thon (Mexique)*; et *États-Unis – Thon (CEE)*.

manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins.¹⁰⁴ La mesure modifiée concernant le thon définit ce qui constitue des produits du thon *Dolphin Safe* aux fins du marché des États-Unis et établit certaines prescriptions et conditions auxquelles il faut satisfaire pour qu'un produit du thon vendu aux États-Unis puisse porter un label indiquant qu'il est *Dolphin Safe*. Les préférences des consommateurs et des détaillants aux États-Unis sont telles que le label *Dolphin Safe* a une "valeur commerciale importante" sur le marché des États-Unis pour les produits du thon.¹⁰⁵

6.4. Au niveau international, les États-Unis et le Mexique sont tous deux parties à l'AIDCP, accord conclu entre 14 pays qui est entré en vigueur en février 1999.¹⁰⁶ L'AIDCP, administré par la Commission interaméricaine du thon des tropiques (CITT), vise une méthode de pêche au thon particulière (la pêche à la senne coulissante) dans une zone océanique spécifique, à savoir les eaux tropicales du Pacifique Est (ETP).¹⁰⁷

6.5. À l'intérieur de cette zone océanique¹⁰⁸, il existe une association régulière entre les thons et les dauphins, ce qui signifie que les bancs de thons ont tendance à se regrouper et à nager au-dessous de certaines espèces de dauphins.¹⁰⁹ Certains navires opérant dans cette zone emploient donc la technique de pêche appelée "encerclement" des dauphins, qui tire avantage de cette association, et consiste à chasser et à encercler les dauphins avec des sennes coulissantes pour capturer le thon qui nage en dessous d'eux.¹¹⁰ L'ETP est un "lieu de pêche traditionnel" pour le Mexique, et sa flottille de thoniers opère presque exclusivement dans cette zone en utilisant la méthode de l'encerclement des dauphins.¹¹¹

6.6. L'AIDCP a été négocié au vu des éléments d'information prouvant qu'un grand nombre de dauphins mouraient chaque année dans l'ETP¹¹² et, conjointement avec les instruments qui ont été adoptés au titre de cet accord¹¹³, établit un programme de surveillance, de repérage, de

¹⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.523. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 302; et le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.401 et 7.425.

¹⁰⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 233 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.289 et 7.290). Après la campagne publique menée par l'organisation écologiste "Earth Island Institute" à la fin des années 1980, les entreprises de transformation du thon ont cédé aux pressions exercées sur elles pour qu'elles cessent d'acheter du thon capturé dans des conditions qui étaient dommageables pour les dauphins. (Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.288)

¹⁰⁶ Le Belize, la Colombie, le Costa Rica, El Salvador, l'Équateur, les États-Unis, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Pérou, l'Union européenne et le Venezuela sont parties à l'AIDCP. La Bolivie et le Vanuatu appliquent l'AIDCP à titre provisoire. (Voir la communication des États-Unis en tant qu'appelant, note de bas de page 47 relative au paragraphe 60)

¹⁰⁷ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.35. En 1976, la CITT s'est lancée dans des initiatives multilatérales qui ont débouché sur la création du programme international pour la conservation des dauphins (IDCP). Ces initiatives ont été prises en compte dans une série d'accords multilatéraux. Il s'agit de l'Accord de La Jolla (1992) et de la Déclaration de Panama (1995), auxquels l'AIDCP a succédé (1999). (*Ibid.*)

¹⁰⁸ L'ETP, suivant la définition figurant dans la législation des États-Unis, s'étend à l'ouest de la côte occidentale des Amériques, englobant la majeure partie des eaux tropicales du Pacifique à l'est des îles hawaïennes, et comprend les zones de haute mer ainsi que les zones économiques exclusives et les mers territoriales du Chili, de la Colombie, du Costa Rica, d'El Salvador, de l'Équateur, des États-Unis, de la France (en raison de l'Île de Clipperton, territoire d'outre-mer français), du Guatemala, du Honduras, du Mexique, du Nicaragua, du Panama et du Pérou. Plus spécifiquement, la DPCIA définit l'ETP comme étant "la zone de l'océan Pacifique comprise entre le 40^{ème} degré de latitude Nord, le 40^{ème} degré de latitude Sud, le 160^{ème} degré de longitude Ouest, et les côtes occidentales de l'Amérique du Nord, de l'Amérique centrale et de l'Amérique du Sud". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 356 relative au paragraphe 172 (citant l'article 1385 c) 2) de la DPCIA))

¹⁰⁹ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 4.6 et 7.306; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 355 relative au paragraphe 172.

¹¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 355 relative au paragraphe 172. Le Groupe spécial initial a constaté que l'encerclement des dauphins se faisait surtout dans l'ETP, à cause de l'association régulière observée entre les thons et les dauphins dans cette région. (Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.306. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 248)

¹¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 234. Voir aussi le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.308 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial initial, paragraphes 165, 167, 186 et 188).

¹¹² Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.35.

¹¹³ En particulier, AIDCP, Resolution to Adopt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna (système de repérage et de vérification de l'AIDCP) (pièce MEX-55 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-36 présentée au Groupe spécial) (voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.296; et le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.40); et AIDCP, Resolution to Establish Procedures for AIDCP Dolphin

vérification et de certification concernant des pratiques particulières de pêche au thon dans l'ETP.¹¹⁴ Il est reconnu que l'AIDCP a puissamment contribué à la protection des dauphins et à la réduction spectaculaire de la mortalité des dauphins observée dans l'ETP.¹¹⁵ L'AIDCP réglemente les méthodes de pêche des navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP en fonction de la taille du navire, en interdisant aux petits navires équipés de sennes coulissantes d'encercler des dauphins et en autorisant les grands navires équipés de sennes coulissantes d'encercler des dauphins uniquement dans les limites de mortalité des dauphins (DML) spécifiées.¹¹⁶ En vertu de l'AIDCP, les grands navires équipés de sennes coulissantes sont aussi soumis à un certain nombre de prescriptions en ce qui concerne les engins de pêche qu'ils doivent avoir et certaines procédures qu'ils doivent exécuter, afin de réduire les risques présentés pour les dauphins par l'encercllement de ces derniers. L'AIDCP a établi certains mécanismes pour appliquer ces prescriptions ainsi que des limites de mortalité. En plus d'imposer la présence d'observateurs indépendants à bord des grands navires équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP, chaque partie doit aussi établir son propre programme de repérage et de vérification, qui est mis en œuvre et administré par une autorité nationale désignée, et faire en sorte que ce programme comprenne des audits périodiques et des contrôles par sondage des produits du thon.¹¹⁷ Enfin, des procédures volontaires sont mises en place pour permettre au thon capturé et repéré conformément à ce programme de recevoir une "certification *Dolphin safe* AIDCP".¹¹⁸ Comme il est examiné plus loin, la définition de "*Dolphin Safe*" donnée dans l'AIDCP ne coïncide pas avec la définition de "*Dolphin safe*" selon la mesure des États-Unis en cause dans le présent différend.¹¹⁹

6.1 La mesure modifiée concernant le thon

6.7. Le Mexique conteste le régime réglementaire des États-Unis établissant les conditions d'utilisation d'un label *Dolphin Safe* pour les produits du thon sur le marché des États-Unis. Comme examiné plus haut¹²⁰, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5, le Mexique a affirmé que le régime des États-Unis comprenait les trois instruments juridiques suivants: i) la DPCIA¹²¹; ii) le règlement d'application¹²²; et iii) la décision Hogarth.¹²³

Safe Tuna Certification (pièce MEX-56 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-115 présentée au Groupe spécial) (voir le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.41). Les deux résolutions ont été adoptées par les parties à l'AIDCP le 20 juin 2001.

¹¹⁴ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.39. Les objectifs de l'AIDCP sont triples: i) réduire progressivement la mortalité accessoire des dauphins dans la pêcherie de la zone visée par l'Accord où le thon est pêché à la senne coulissante pour la ramener à des niveaux proches de zéro en fixant des limites annuelles; ii) dans le but d'éliminer la mortalité des dauphins dans cette pêcherie, trouver des moyens écologiquement rationnels de capturer les gros thons à nageoires jaunes qui ne sont pas en association avec des dauphins; et iii) assurer la viabilité à long terme des stocks de thons dans la zone visée par l'Accord, ainsi que celle des ressources marines afférentes à cette pêcherie, compte tenu de l'interdépendance entre les espèces dans l'écosystème, en cherchant en particulier, entre autres, à éviter, réduire et limiter le plus possible les captures accessoires et le rejet à la mer des thons juvéniles et des espèces non visées. (Article II de l'AIDCP (pièces US-23a et MEX-11 présentées au Groupe spécial initial; pièce MEX-30 présentée au Groupe spécial))

¹¹⁵ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 2.39 et 7.609.

¹¹⁶ Les grands navires équipés de sennes coulissantes sont définis comme étant des navires qui ont une capacité de charge supérieure à 363 tonnes métriques. L'AIDCP ne s'applique pas aux autres navires de pêche dans l'ETP, tels que les palangriers et les navires pratiquant la pêche à la canne. D'après les États-Unis, cela tient au fait que ces navires ne sont pas capables d'encercler les dauphins. (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, note de bas de page 61 relative au paragraphe 65; annexes I, IV I) 3) c), et VII 6) de l'AIDCP (pièces US-23a et MEX-11 présentées au Groupe spécial initial; pièce MEX-30 présentée au Groupe spécial))

¹¹⁷ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.611.

¹¹⁸ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.41; article 2.1 de la Résolution de l'AIDCP sur la certification *Dolphin Safe* (pièce MEX-56 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-115 présentée au Groupe spécial).

¹¹⁹ En vertu de la Résolution de l'AIDCP sur la certification *Dolphin Safe*, le "thon *Dolphin Safe*" est défini comme étant du "thon capturé dans des circonstances telles que des dauphins ne sont pas tués ou gravement blessés", et le "thon non-*Dolphin safe*" est défini comme étant du "thon capturé dans des circonstances telles que des dauphins sont tués ou gravement blessés". (Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.40)

¹²⁰ Voir *supra*, le paragraphe 1.9.

¹²¹ Pièce US-5 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-8 présentée au Groupe spécial.

¹²² Pièce US-2 présentée au Groupe spécial.

¹²³ Pièce MEX-31 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-16 présentée au Groupe spécial. Le Mexique a en outre contesté toutes indications concernant la mise en œuvre, directives, annonces ou tout autre document diffusé au sujet des instruments mentionnés aux points i) à iii) ..., y compris toutes

6.8. Pris conjointement, la DPCIA, le règlement d'application et la décision Hogarth constituent la "mesure modifiée concernant le thon"¹²⁴ et subordonnent l'accès à un label *Dolphin Safe* à certaines prescriptions qui varient en fonction de la méthode de pêche au moyen de laquelle le thon contenu dans le produit du thon est pêché, de la zone océanique de capture et du type de navire utilisé. La DPCIA et le règlement d'application prohibent aussi toute référence aux dauphins, marsouins ou mammifères marins sur l'étiquetage d'un produit du thon si le thon contenu dans le produit ne remplit pas les conditions d'étiquetage énoncées dans ces instruments.¹²⁵

6.9. La mesure modifiée concernant le thon énonce plusieurs conditions de fond régissant l'accès au label *Dolphin Safe*. Premièrement, la mesure exclut de l'accès à ce label tous les produits du thon qui contiennent du thon pêché au moyen de deux méthodes de pêche: i) la pêche au moyen de grands filets dérivants en haute mer; et ii) les navires utilisant des sennes coulissantes pour "encercler" des dauphins n'importe où dans le monde.¹²⁶ Bien que l'exclusion, en vertu de la DPCIA, des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins ait été suspendue en 2002 par une mesure administrative¹²⁷, la décision Hogarth a invalidé cette mesure peu de temps après¹²⁸, rétablissant ainsi cette condition d'accès au régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis. L'exclusion des produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins était donc prévue par la mesure initiale concernant le thon et restait inchangée par rapport à celle-ci. Deuxièmement, tous les autres produits du thon, à savoir ceux contenant du thon pêché par toutes les autres méthodes de pêche, sont admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* uniquement si aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations ou des autres déploiements d'engins au cours desquels le thon a été capturé. La mesure modifiée concernant le thon impose aussi un certain nombre de prescriptions concernant la certification ainsi que des prescriptions concernant le repérage et la vérification en rapport avec ces conditions de fond.

6.10. Mise à part la pêche au moyen de grands filets dérivants en haute mer¹²⁹, la mesure modifiée concernant le thon fait la distinction entre trois catégories générales de pêcheries¹³⁰:

modifications ou tous changements se rapportant à ces instruments. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.1 (faisant référence à la demande d'établissement d'un groupe spécial du Mexique; et à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 11))

¹²⁴ Les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* ne rendent pas l'utilisation du label *Dolphin Safe* obligatoire pour l'importation ou la vente de produits du thon aux États-Unis. (Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 196)

¹²⁵ Article 1385 d) 3) B) de la DPCIA; article 216.90 du règlement d'application. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 172.

¹²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.35 et 3.36; rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 174.

¹²⁷ En vertu de l'article 1385 h) de la DPCIA, le type de certification requis pour les produits du thon contenant du thon capturé par de grands navires senneurs dans l'ETP était subordonné à une constatation du Secrétaire au commerce des États-Unis concernant la question de savoir si le déploiement délibéré de sennes coulissantes sur les dauphins ou leur encerclement délibéré au moyen de sennes coulissantes avaient une incidence défavorable notable sur le stock de dauphins en déclin dans l'ETP. Le Secrétaire au commerce des États-Unis a initialement constaté que l'encercllement des dauphins n'avait pas d'incidence défavorable notable sur le stock de dauphins en déclin dans l'ETP. Cette constatation a eu pour effet que des produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins pouvaient être étiquetés *Dolphin Safe* pourvu que les autres conditions d'accès au label soient remplies. (Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.18; rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 176)

¹²⁸ La constatation du Secrétaire au commerce des États-Unis a été infirmée dans l'affaire *Earth Island Institute c. Evans*, au motif que le Secrétaire n'avait pas effectué les études prescrites par la loi et que les meilleures preuves scientifiques disponibles n'étaient pas sa constatation. La décision a été confirmée en appel dans la décision Hogarth. De ce fait, l'article 1385 h) prescrit que les produits du thon obtenus à partir de thon pêché par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP ne puissent être étiquetés *Dolphin Safe* que si le capitaine et l'observateur agréé par l'IDCP certifient tous deux qu'il n'y a eu "aucun encerclement des dauphins" et "aucun dauphin tué ou gravement blessé". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.19. Voir aussi le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 2.15 à 2.20; et le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphes 175 et 176)

¹²⁹ Article 1385 d) 1) A) de la DPCIA; et article 216.91 a) 3) du règlement d'application.

¹³⁰ Aux fins du présent différend, le terme "pêcherie" peut être défini par la région géographique où la pêche a lieu, le navire et la méthode de pêche utilisés, et les espèces visées. (Voir la réponse du Mexique à la question n° 52 du Groupe spécial, paragraphe 139 (faisant référence au glossaire des pêches de l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture, disponible à l'adresse suivante: <<http://www.fao.org/fi/glossary/>> (pièce MEX-132 présentée au Groupe spécial); et à la réponse des États-Unis à la question n° 21 du Groupe spécial, paragraphe 135.))

i) celle des grands navires équipés de sennes coulissantes¹³¹ dans l'ETP¹³² (pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP); ii) celle des navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP¹³³ (pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP); et iii) les autres pêcheries, qui comprennent celle des navires non équipés de sennes coulissantes dans toute zone océanique et celle des petits navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP ("toutes les autres pêcheries").¹³⁴ L'accès au label *Dolphin Safe* pour toutes les pêcheries exige une certification selon laquelle aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations ou des autres déploiements d'engins au cours desquels le thon a été capturé (certification "aucun dauphin tué ou gravement blessé"). Pour le thon capturé par des navires équipés de sennes coulissantes relevant des deux premières catégories, la certification selon laquelle aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de l'expédition au cours de laquelle le thon a été capturé (certification "aucun encerclement des dauphins") est aussi une condition d'accès au label. La ou les certifications pertinentes doivent être établies par le capitaine du navire. Il peut aussi arriver qu'elles doivent être établies par un observateur dans certaines circonstances définies.

6.11. Plus spécifiquement, pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, les deux certifications susmentionnées doivent être fournies à la fois par le capitaine et par un observateur agréé par le Programme international pour la conservation des dauphins (IDCP). Pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans toute pêcherie autre que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, ces certifications doivent être fournies, en principe, uniquement par le capitaine du navire.¹³⁵ Pour ces produits du thon, ce n'est que dans les cas où l'Administrateur adjoint du Service national des pêcheries maritimes (NMFS)¹³⁶ a fait certaines déterminations que la mesure modifiée concernant le thon subordonne aussi l'accès au label à la fourniture des certifications susmentionnées par un observateur qualifié et agréé. Cette prescription additionnelle imposant de fournir une ou des certifications d'un observateur est déclenchée lorsque l'Administrateur adjoint du NMFS fait une détermination, en ce qui concerne une pêcherie spécifique, selon laquelle: i) dans la pêcherie à la senne coulissante située à l'extérieur de l'ETP, il y a une association régulière et importante entre les dauphins et les thons, semblable à l'association entre les dauphins et les thons dans l'ETP; ou ii) dans "toutes les autres pêcheries", il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins.¹³⁷ Le Groupe spécial a appelé cet aspect de la mesure modifiée concernant le thon les "dispositions relatives aux déterminations".¹³⁸

6.12. En outre, en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, l'accès au label *Dolphin Safe* exige de séparer les thons *Dolphin Safe* des thons non-*Dolphin Safe* depuis le moment de la capture jusqu'au bout de la chaîne de transformation. Afin de repérer le thon et de vérifier son statut *Dolphin Safe*, le NMFS a établi le Programme de repérage et de vérification du thon (Programme TTVP).¹³⁹ La prescription fondamentale imposant de séparer les thons *Dolphin Safe*

¹³¹ Le Groupe spécial a indiqué que, conformément à l'AIDCP, à la législation des États-Unis et aux rapports établis dans le cadre de la procédure initiale, il emploierait l'expression "grand navire équipé de sennes coulissantes" pour les senneurs opérant dans l'ETP qui ont une capacité de charge supérieure à 363 tonnes métriques, et l'expression "petit navire équipé de sennes coulissantes" pour les senneurs opérant dans l'ETP qui ont une capacité de charge inférieure ou égale à 363 tonnes métriques. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 28 relative au paragraphe 3.12)

¹³² Article 1385 d) 1) C), conjointement avec l'article 1385 d) 2) de la DPCIA; article 216.91 a) 1) du règlement d'application.

¹³³ Article 1385 d) 1) B) de la DPCIA; article 216.91 a) 2) du règlement d'application.

¹³⁴ Article 1385 d) 1) D) de la DPCIA; article 216.91 a) 4) du règlement d'application.

¹³⁵ Seule la certification "aucun dauphin tué ou gravement blessé" doit être fournie par le capitaine du navire pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans "toutes les autres pêcheries".

¹³⁶ Le NMFS fait partie de l'USDOC.

¹³⁷ En vertu de la mesure modifiée concernant le thon, la prescription imposant de fournir une ou des certifications d'un observateur est aussi déclenchée lorsque l'Administrateur adjoint du NMFS a déterminé que des observateurs sont qualifiés et habilités pour fournir les certifications nécessaires, et que ces observateurs sont déjà à bord du navire. L'Administrateur adjoint du NMFS a le pouvoir de faire ces déterminations pour toutes les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP (articles 216.91 a) 2) iii) B) et 216.91 a) 4) ii) du règlement d'application).

¹³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.249 et 7.256.

¹³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.26 et 3.28; article 1385 f) de la DPCIA; article 216.93 du règlement d'application. Les dispositions établissant le Programme TTVP se trouvent principalement dans l'article 216.24 du Titre 50 du CFR et dans l'article 216.91 à 216.93 du règlement d'application. Grâce au Programme TTVP, des renseignements sont recueillis auprès des entreprises nationales de transformation du

des thons non-*Dolphin Safe* depuis le moment de leur capture jusqu'à leur déchargement et leur transformation s'applique quelle que soit la zone océanique dans laquelle le thon a été capturé et le type de navire qui l'avait pêché.¹⁴⁰ Des prescriptions plus détaillées relatives à la séparation s'appliquent toutefois aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, étant donné que le repérage et la vérification du thon capturé dans cette pêcherie devraient être effectués conformément à la Résolution de l'AIDCP portant adoption du système modifié de repérage et de vérification du thon¹⁴¹ (Système de repérage et de vérification de l'AIDCP).¹⁴²

6.13. Certaines prescriptions documentaires se rapportent à la séparation qui doit être effectuée par des personnes ou par des entités se livrant à la capture et à la transformation du thon. Premièrement, tous les produits du thon importés aux États-Unis, quel que soit l'endroit où le thon a été capturé et que le label *Dolphin Safe* soit utilisé ou non, doivent être accompagnés d'un certificat d'origine de la pêcherie¹⁴³ (formulaire 370) de l'Administration nationale chargée de l'étude des océans et de l'atmosphère (NOAA).¹⁴⁴ Sur le formulaire 370, l'importateur doit indiquer s'il souhaite déclarer que le statut du produit du thon est "*Dolphin Safe*", et, dans l'affirmative, joindre la ou les certifications indiquées comme étant nécessaires pour établir le statut *Dolphin Safe* de la catégorie pertinente.¹⁴⁵ Deuxièmement, le thon capturé par de grands navires battant pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP doit être accompagné de formulaires de repérage du thon (TTF), sur lesquels sont consignés certains renseignements concernant chaque opération de pêche au thon lors d'une expédition particulière. Un TTF est utilisé pour enregistrer les opérations *Dolphin Safe* et un autre pour enregistrer les opérations non-*Dolphin Safe*. Pour les grands navires ne battant pas pavillon des États-Unis équipés de

thon, des thoniers des États-Unis et des importateurs de produits du thon, afin de vérifier si les produits du thon étiquetés *Dolphin Safe* remplissent les conditions applicables. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.26 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.31))

¹⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.50 et 3.51. Ainsi, pour toutes les pêcheries, au cours des expéditions de pêche, le thon capturé lors d'opérations qualifiées de *Dolphin Safe* doit être stocké à l'écart du thon capturé lors d'opérations non-*Dolphin Safe*, depuis le moment de sa capture jusqu'à son déchargement. Le capitaine du navire ou l'observateur, le cas échéant, devraient désigner des cuves séparées, et tout mélange de thon *Dolphin Safe* avec du thon non-*Dolphin Safe* dans une cuve donnée exclut le contenu entier de cette cuve de l'accès au label. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.28, 3.31 et 3.51; article 216.93 c) 1) i), 216.93 c) 2) i) et 216.93 c) 3) i) du règlement d'application. Voir aussi l'article 4 du Système de repérage et de vérification de l'AIDCP pour le thon capturé par un grand navire équipé de sennes coulissantes dans l'ETP) De plus, le thon déchargé et placé dans des camions, dans des entrepôts ou sur des navires transporteurs doit être chargé ou stocké de telle manière que son identification en tant que thon *Dolphin Safe* ou non-*Dolphin Safe* à la sortie du navire soit préservée et sauvegardée. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.31 et 3.51; article 216.93 c) 1) iv), 216.93 c) 2) ii) et 216.93 c) 3) ii) du règlement d'application. Voir aussi l'article 5 du Système de repérage et de vérification de l'AIDCP pour le thon capturé par un grand navire équipé de sennes coulissantes dans l'ETP) Enfin, au cours des activités de mise en conserve des conserveries des États-Unis, du thon non-*Dolphin Safe* ne peut être mélangé en aucune façon ni à aucun moment au cours de la transformation avec du thon ou des produits du thon *Dolphin Safe* et ne peut pas partager les mêmes conteneurs de stockage, cuiseurs, convoyeurs, tables ou d'autres machines de mise en conserve et d'étiquetage. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.31 et 3.51; article 216.93 d) 4) du règlement d'application. Voir aussi l'article 6 b) du Système de repérage et de vérification de l'AIDCP pour le thon capturé par un grand navire équipé de sennes coulissantes dans l'ETP)

¹⁴¹ Adopté le 20 juin 2001. (pièce MEX-55 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-36 présentée au Groupe spécial)

¹⁴² Article 216.93 c) v) du règlement d'application.

¹⁴³ Pièce MEX-22 présentée au Groupe spécial.

¹⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.49. L'article 216.24 f) 2) du Titre 50 du CFR et l'article 216.92 b) 2) ii) et 216.93 f) du règlement d'application font référence au fait que les produits du thon importés aux États-Unis doivent être accompagnés d'un formulaire 370 dûment rempli. Le formulaire 370 exige certains renseignements concernant, entre autres choses, les conditions *Dolphin Safe* du thon capturé au cours de l'expédition, la zone océanique dans laquelle l'expédition a eu lieu, les engins de pêche utilisés et le nom et le pavillon du navire. (Titre 50 du CFR, article 216.24 f) 4); voir la pièce MEX-20 présentée au Groupe spécial.)

¹⁴⁵ À cet égard, le formulaire 370 énumère cinq catégories pour lesquelles des certifications spécifiques doivent être jointes: i) le thon capturé sans senne coulissante dans une pêcherie dans laquelle il n'y a pas eu de détermination de l'existence d'une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes des dauphins; ii) le thon capturé à l'extérieur de l'ETP au moyen d'une senne coulissante dans une pêcherie dans laquelle il n'y a pas eu de détermination de l'existence d'une association régulière et importante entre les dauphins et les thons; iii) le thon capturé à l'extérieur de l'ETP au moyen d'une senne coulissante dans une pêcherie dans laquelle il y a eu détermination de l'existence d'une association régulière et importante entre les dauphins et les thons; iv) le thon capturé dans l'ETP par un petit navire équipé de sennes coulissantes; ou v) le thon capturé dans l'ETP par un grand navire équipé de sennes coulissantes.

sennes coulissantes dans l'ETP, les numéros de TTF doivent être indiqués dans une certification jointe au formulaire 370.¹⁴⁶

6.14. Les prescriptions concernant le repérage et la vérification s'appliquent aussi en ce qui concerne la surveillance exercée par les autorités des États-Unis sur les importateurs et les personnes et entités basées aux États-Unis se livrant à la capture et à la transformation de thon destiné à la vente sur le marché des États-Unis. Les dispositions pertinentes prévoient la réalisation de contrôles des activités des conserveries des États-Unis¹⁴⁷ et exigent que les conserveries et les autres entreprises de transformation du thon des États-Unis soumettent des rapports mensuels contenant certains renseignements spécifiés, y compris les certifications requises pour accéder au label *Dolphin Safe*.¹⁴⁸ Les autorités des États-Unis peuvent aussi effectuer des audits et des contrôles par sondage chez tout exportateur, transbordeur, importateur, entreprise de transformation ou grossiste/distributeur de thon ou de produits du thon.¹⁴⁹

6.15. Les conditions spécifiques applicables aux trois catégories de pêcheries au titre de la mesure modifiée concernant le thon sont décrites ci-après.

6.16. Nous rappelons que la mesure initiale concernant le thon était constituée de trois instruments juridiques: la DPCIA; le règlement d'application initial; et la décision Hogarth. Dans la mesure modifiée concernant le thon, la DPCIA et la décision Hogarth restent inchangées. À l'inverse, le règlement final de 2013, identifié par les États-Unis comme étant la mesure prise pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD dans la procédure initiale¹⁵⁰, a modifié certains aspects de l'article 216.91 et 216.93 du Titre 50 du CFR.¹⁵¹ Les autres articles du règlement d'application contestés par le Mexique – notamment l'article 216.92, qui énonce les prescriptions concernant l'accès au label *Dolphin Safe* qui s'appliquent spécifiquement aux produits du thon obtenus à partir de thon pêché dans l'ETP par de grands navires équipés de sennes coulissantes – n'ont pas été modifiés par le règlement final de 2013.

6.1.1 Pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP

6.17. Pour être admis à bénéficier du label *Dolphin Safe*, les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par un grand navire équipé de sennes coulissantes dans l'ETP doivent être accompagnés des certifications suivantes:

¹⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.28 et 3.29; articles 216.92 a) 1) et 216.92 b) 2) iii) du règlement d'application. La teneur des TTF est décrite plus en détail plus loin dans la section 6.1.1.

¹⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.52 et 7.303 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 53). Ces contrôles incluent des inspections prévues ou inopinées par un représentant du NMFS afin de surveiller la livraison et de vérifier que le thon *Dolphin Safe* et le thon non-*Dolphin Safe* sont clairement identifiés et demeurent séparés. (article 216.93 d) 1) du règlement d'application)

¹⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.303; article 216.93 d) et 216.93 e) du règlement d'application. Les entreprises de transformation du thon doivent soumettre des rapports sur tout le thon reçu dans leurs installations et contenant des renseignements concernant, entre autres choses, les espèces de thon, leur condition, leur poids, la zone océanique, le navire de capture, le type d'engin, les dates de l'expédition, le nom du transporteur, les dates de déchargement, le lieu de déchargement, le statut *Dolphin Safe* et les certifications pertinentes, ainsi que le formulaire 370 (pour le thon importé). Lorsque l'entreprise de transformation du thon indique que le thon est admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*, elle doit joindre les certifications requises. (*Ibid.*)

¹⁴⁹ Pour faciliter la surveillance, toutes ces personnes et entités doivent archiver les documents se rapportant au thon pendant deux ans, y compris les certifications pertinentes, les formulaires et les rapports soumis aux autorités des États-Unis. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.303 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 52); article 216.93 g) du règlement d'application)

¹⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.3.

¹⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.32. Voir aussi la demande d'établissement d'un groupe spécial du Mexique, page 1.

- a. une certification délivrée par un représentant de la CITT ou un fonctionnaire autorisé selon laquelle un observateur agréé par l'IDCP était à bord du navire durant toute l'expédition au cours de laquelle le thon a été capturé¹⁵²; et
- b. une certification délivrée par le capitaine du navire et par un observateur agréé par l'IDCP selon laquelle:
 - i. aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de cette même expédition de pêche¹⁵³; et
 - ii. aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé.¹⁵⁴

6.18. Il convient de distinguer ces prescriptions concernant la certification de celles prévues par l'AIDCP, en vertu de laquelle le thon "*Dolphin Safe*" est défini comme étant du "thon capturé dans des circonstances telles que des dauphins ne sont pas tués ou gravement blessés".¹⁵⁵

6.19. S'agissant des prescriptions concernant le repérage et la vérification, l'accès au label *Dolphin Safe* pour les grands navires battant pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP est subordonné à l'établissement de TTF conformément au Système de repérage et de vérification de l'AIDCP.¹⁵⁶ Les TTF agréés par l'IDCP, qui ont tous un numéro unique, sont utilisés par l'observateur pour enregistrer chaque opération effectuée pendant une expédition de pêche. Deux TTF sont utilisés pour chaque expédition, un pour enregistrer le thon pêché lors d'opérations *Dolphin Safe*, et un pour enregistrer le thon pêché lors d'opérations non-*Dolphin Safe*.¹⁵⁷ Une opération est "non-*Dolphin Safe*" si un dauphin meurt ou est gravement blessé pendant celle-ci.¹⁵⁸ L'observateur agréé par l'IDCP¹⁵⁹ et le mécanicien de bord paraphent les inscriptions après chaque opération, et le capitaine du navire et l'observateur vérifient et signent les deux TTF à la fin de chaque expédition de pêche pour certifier que les renseignements figurant sur les formulaires sont exacts. Le thon capturé lors d'opérations qualifiées de *Dolphin Safe* par l'observateur doit être stocké à l'écart du thon capturé lors d'opérations non-*Dolphin Safe*, depuis le moment de sa capture jusqu'à son déchargement.¹⁶⁰ Des observateurs indépendants surveillent le chargement et le déchargement des cuves, et les lots de

¹⁵² Article 1385 d) 2) B) ii) III) de la DPCIA; article 216.91 a) 1) i), conjointement avec l'article 216.92 b) 2) iii) A), du règlement d'application.

¹⁵³ Article 1385 d) 2) B) i), conjointement avec l'article 1385 h) 2) C) de la DPCIA; article 216.91 a) 1) iii) du règlement d'application.

¹⁵⁴ Article 1385 d) 2) B) i), conjointement avec l'article 1385 h) 2) de la DPCIA; article 216.91 a) 1) ii) du règlement d'application.

¹⁵⁵ Système de repérage et de vérification de l'AIDCP (pièce MEX-55 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-36 présentée au Groupe spécial). Ainsi, en vertu de l'AIDCP, il n'est pas prescrit de certifier qu'un grand navire équipé de sennes coulissantes n'a pas encerclé de dauphins.

¹⁵⁶ Article 216.93 c) 1) v) du règlement d'application. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.28; et le Système de repérage et de vérification de l'AIDCP (pièce MEX-55 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-36 présentée au Groupe spécial).

¹⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.28; article 216.93 a) du règlement d'application. Les renseignements inscrits sur les TTF pour chaque opération comprennent la date, le numéro de la cuve, les poids des prises par espèce, les estimations du nombre de tonnes chargées, et des notes additionnelles, le cas échéant. (*Ibid.*)

¹⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.28 (faisant référence à l'article 216.93 c) 1) i); et à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, note de bas de page 63 relative au paragraphe 35).

¹⁵⁹ Les formulaires TTF doivent être certifiés par les observateurs indépendants dont la présence est exigée à bord des grands navires équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.28 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 82))

¹⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.31 et 3.50; article 216.93 c) 1) i) du règlement d'application. Spécifiquement, si le thon est capturé lors d'une opération au cours de laquelle un dauphin a été tué ou gravement blessé, ce thon doit être stocké dans une cuve du navire à l'écart du thon *Dolphin Safe*. Si du thon *Dolphin Safe* est mélangé dans la même cuve avec du thon non-*Dolphin Safe*, la totalité du thon de cette cuve doit être traité comme étant non-*Dolphin Safe*. De plus, lorsque le thon doit être déchargé d'un grand navire équipé de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP, le capitaine, l'armateur-gérant ou l'agent du navire doivent informer les autorités des États-Unis au moins 48 heures à l'avance du lieu prévu du débarquement du navire, de son heure d'arrivée et de son programme de déchargement. (article 216.93 c) 1) ii) du règlement d'application)

thon individuels reçoivent les numéros de repérage TTF correspondants qui peuvent être suivis à chaque étape de la fabrication des produits du thon.¹⁶¹

6.20. La mesure modifiée concernant le thon subordonne directement l'accès au label *Dolphin Safe* à l'établissement de TTF uniquement pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par de grands navires battant pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP.¹⁶² Dans la pratique, toutefois, le même régime de repérage et de vérification s'applique aussi pour les grands navires ne battant pas pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP. En vertu de la mesure modifiée concernant le thon, les produits du thon contenant du thon pêché dans l'ETP par de grands navires ne battant pas pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes peuvent être étiquetés *Dolphin Safe* uniquement si le navire appartient à une nation qui est partie à l'AIDCP.¹⁶³ De plus, les parties ne contestent pas que l'AIDCP prescrit l'imposition du même système de TTF que celui qui est mis en œuvre en vertu de la mesure modifiée concernant le thon pour les grands navires battant pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes de l'ETP.¹⁶⁴ En outre, le formulaire 370 exige que les importations de thon pêché par des grands navires ne battant pas pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes de l'ETP, ou de produits du thon obtenus à partir de ce type de thon, soient accompagnées de documents établis par le pays membre de l'IDCP concerné qui certifient qu'un observateur agréé par l'IDCP se trouvait en tout temps à bord du navire et qui indiquent les numéros du ou des TTF correspondants.¹⁶⁵ Ainsi, en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, les produits du thon contenant du thon pêché par des grands navires battant ou non pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP ont accès au label *Dolphin Safe* uniquement si la gestion des TTF et le repérage et la vérification du thon sont effectués conformément au Système de repérage et de vérification de l'AIDCP.¹⁶⁶

6.21. Les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification applicables aux grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP restent inchangées par rapport à la mesure initiale concernant le thon.¹⁶⁷

6.1.2 Pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP

6.22. Pour être admis à bénéficier du label *Dolphin Safe*, les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par un navire équipé de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP¹⁶⁸ doivent être accompagnés d'une certification fournie par le capitaine du navire selon laquelle:

- a. aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de cette même expédition de pêche; et

¹⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.50 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 92). Au port, les espèces et la quantité de thon déchargé sont notées sur les TTF originaux correspondants. (article 216.93 c) 1) iii) du règlement d'application)

¹⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.47 et 3.48.

¹⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.29; article 216.92 b) 2) i) du règlement d'application.

¹⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.29 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 85 à 88).

¹⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.48 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 46). Le formulaire 370 n'exige pas la fourniture des TTF eux-mêmes, mais exige qu'un représentant autorisé d'un pays membre de l'IDCP certifie que: i) un observateur agréé par l'IDCP se trouvait à bord du navire durant toute l'expédition; et ii) le thon contenu dans l'expédition a été capturé selon les règles en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* prévues à l'article 216.91 (c'est-à-dire qu'aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de l'expédition de pêche et qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé). Le formulaire 370 doit aussi indiquer les noms des navires de pêche ainsi que les numéros des TTF représentés dans l'expédition. (article 216.92 b) 2) iii) du règlement d'application) Les TTF correspondants contiennent les certifications du capitaine et de l'observateur. (Réponse des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial, paragraphe 292) Tous les renseignements concernant les TTF sont conservés par la CITT et sont mis à disposition pour les audits et les inspections effectués par les parties à l'AIDCP. (Réponse du Mexique aux questions posées à l'audience)

¹⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.47 et 3.48; article 216.93 c) v) du règlement d'application.

¹⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.39 et 3.47.

¹⁶⁸ Contrairement aux conditions d'étiquetage applicables au thon capturé dans l'ETP, celles qui s'appliquent au thon capturé à l'extérieur de l'ETP n'établissent pas de distinction entre les grands navires équipés de sennes coulissantes et les petits navires équipés de sennes coulissantes.

- b. aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé.¹⁶⁹

6.23. Par conséquent, en principe, la certification par le capitaine du navire est suffisante pour que des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par des navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP obtiennent l'accès au label. Néanmoins, une prescription imposant aussi de fournir ce type de certifications fournies par un observateur participant à un programme national ou international acceptable pour l'Administrateur adjoint du NMFS sera déclenchée, au cas où cet Administrateur détermine pour une pêcherie spécifique qu'il y a une association régulière et importante entre les dauphins et les thons semblable à celle qui existe entre les dauphins et les thons dans l'ETP.¹⁷⁰ Au moment de la demande d'établissement d'un groupe spécial dans la présente procédure au titre de l'article 21:5, cependant, il n'y avait aucune pêcherie à l'extérieur de l'ETP où il avait été déterminé qu'il y avait une association régulière et importante entre les thons et les dauphins semblable à celle qui existait dans l'ETP.¹⁷¹

6.24. Par conséquent, pour obtenir l'accès au label *Dolphin Safe*, les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par des navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP doivent actuellement avoir une certification établie par le capitaine selon laquelle "aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé" et selon laquelle il n'y a eu "aucun encerclement des dauphins". En vertu de la mesure initiale concernant le thon, la seule prescription régissant l'accès au label *Dolphin Safe* applicable à ces produits du thon était celle imposant de fournir une certification "aucun encerclement des dauphins" établie par le capitaine.¹⁷²

6.25. La mesure modifiée concernant le thon impose aussi des prescriptions relatives à la séparation visant cette pêcherie. Le thon capturé lors d'opérations désignées comme étant *Dolphin Safe* doit être stocké à l'écart du thon capturé lors d'opérations non-*Dolphin Safe* depuis le moment de sa capture jusqu'à son déchargement.¹⁷³ Les produits du thon importés doivent aussi être accompagnés d'un formulaire 370, qui indique le type d'engin ayant servi à capturer le thon, et contient les certifications nécessaires.¹⁷⁴

6.1.3 "Toutes les autres pêcheries"

6.26. Les produits du thon importés obtenus à partir de thon capturé dans "toutes les autres pêcheries", à savoir par des navires non équipés de sennes coulissantes dans toute pêcherie et par des petits navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, peuvent être étiquetés *Dolphin Safe* lorsqu'ils sont accompagnés d'une certification fournie par le capitaine du navire selon laquelle aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Article 1385 d) 1) B) ii) de la DPCIA; article 216.91 a) 2) iii) A) du règlement d'application.

¹⁷⁰ Article 1385 d) 1) B) i) de la DPCIA; article 216.91 a) 2) i) du règlement d'application.

¹⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.22. Voir aussi la réponse des États-Unis à la question n° 21 du Groupe spécial, paragraphe 133. En vertu de la mesure modifiée concernant le thon, la prescription imposant de fournir une certification par un observateur applicable à la pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP est aussi déclenchée lorsque l'Administrateur adjoint du NMFS a déterminé que les observateurs étaient qualifiés et habilités pour fournir les certifications nécessaires, et qu'un tel observateur est déjà à bord du navire. (article 216.91 a) 2) iii) B) du règlement d'application) L'Administrateur adjoint du NMFS a déterminé que les observateurs des États-Unis dans sept pêcheries nationales des États-Unis étaient qualifiés et habilités pour fournir les certifications pertinentes. Par conséquent, en ce qui concerne ces pêcheries, la mesure modifiée concernant le thon subordonne l'accès au label *Dolphin Safe* à la fourniture à la fois d'une certification par le capitaine et d'une certification par un observateur, mais uniquement lorsque l'observateur était déjà à bord du navire pour d'autres raisons. Ainsi, le thon capturé lors d'une expédition au cours de laquelle aucun observateur n'était déjà à bord peut quand même être étiqueté *Dolphin Safe* uniquement sur la base d'une certification par le capitaine. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.46 (faisant référence à la deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 128))

¹⁷² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292. Voir aussi le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.25.

¹⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.302 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 50).

¹⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.301 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 49).

¹⁷⁵ Article 1385 d) 1) D) de la DPCIA; article 216.91 a) 4) i) du règlement d'application.

6.27. Néanmoins, une prescription imposant aussi de fournir ce type de certification fournie par un observateur participant à un programme national ou international acceptable pour l'Administrateur adjoint du NMFS sera déclenchée, au cas où cet Administrateur détermine pour une certaine pêcherie qu'il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins.¹⁷⁶ Au moment de la demande d'établissement d'un groupe spécial dans la présente procédure au titre de l'article 21:5, il n'y avait aucune pêcherie à l'extérieur de l'ETP où il avait été déterminé qu'il y avait une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins.¹⁷⁷

6.28. Par conséquent, pour obtenir l'accès au label *Dolphin Safe*, les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par des navires non équipés de sennes coulissantes dans toute pêcherie et par des petits navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP doivent actuellement avoir une certification fournie par le capitaine selon laquelle "aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé". En vertu de la mesure initiale concernant le thon, l'accès au label *Dolphin Safe* pour ces produits du thon n'était soumis à aucune prescription concernant la certification.¹⁷⁸

6.29. Les prescriptions concernant le repérage et la vérification applicables à cette catégorie de pêcheries correspondent à celles qui sont applicables pour le thon capturé par des navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP.¹⁷⁹

6.2 Principales modifications dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon

6.30. En résumé, dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, tous les produits du thon obtenus à partir de thon capturé au cours d'une expédition de pêche impliquant l'encerclement des dauphins restent exclus de l'accès au label *Dolphin Safe*. L'accès au label est subordonné à la fourniture d'une certification: a) à la fois du capitaine du navire et d'un observateur agréé par l'IDCP selon laquelle il n'y a eu "aucun dauphin tué ou gravement blessé" et "aucun encerclement des dauphins", dans le cas des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par un grand navire équipé de sennes coulissantes dans l'ETP¹⁸⁰; b) du capitaine du navire selon laquelle il n'y a eu "aucun dauphin tué ou gravement blessé" et "aucun encerclement des dauphins", dans le cas des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par un navire équipé de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP; et c) du capitaine du navire selon laquelle il n'y a eu "aucun dauphin tué ou gravement blessé", dans le cas des produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans "toutes les autres pêcheries". Donc, en l'absence de toute détermination faite par l'Administrateur adjoint du NMFS¹⁸¹, la certification de l'observateur est une condition d'accès au label *Dolphin Safe* seulement en ce qui concerne les produits du thon obtenus à partir de thon pêché dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. De plus, la mesure modifiée concernant le thon applique la même condition de base pour la séparation du thon *Dolphin Safe* et du thon non-*Dolphin Safe* dans l'ensemble des pêcheries de toutes les zones océaniques. Toutefois, les prescriptions documentaires spécifiques relatives aux TTF existent

¹⁷⁶ Article 1385 d) 1) D) de la DPCIA; article 216.91 a) 4) iii) du règlement d'application.

¹⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.22. Voir aussi la réponse des États-Unis à la question n° 21 du Groupe spécial. Une certification par un observateur pour cette catégorie de pêcheries est aussi nécessaire lorsque l'Administrateur adjoint du NMFS a déterminé que les observateurs étaient qualifiés et habilités pour fournir la certification "aucun dauphin tué ou gravement blessé" nécessaire, et que ces observateurs sont déjà à bord du navire. (article 216.91 a) 4) ii) du règlement d'application) Comme il est noté plus haut, l'Administrateur adjoint du NMFS a déterminé que les observateurs des États-Unis dans sept pêcheries nationales des États-Unis étaient qualifiés et habilités pour fournir la ou les certifications pertinentes. La certification est requise uniquement lorsque l'observateur est déjà à bord du navire pour d'autres raisons. (Voir *supra* la note de bas de page 171 relative au paragraphe 6.23.)

¹⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 248 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.532). Voir aussi le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 2.25.

¹⁷⁹ Article 216.93 c) 3) du règlement d'application. Voir *supra* le paragraphe 6.25.

¹⁸⁰ De plus, une certification doit être fournie par un représentant de la CITT ou un fonctionnaire autorisé attestant qu'un observateur agréé par l'IDCP était à bord du navire durant toute l'expédition au cours de laquelle le thon a été capturé.

¹⁸¹ L'Administrateur adjoint du NMFS peut déterminer, en ce qui concerne une pêcherie spécifique à l'intérieur de la pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, qu'il y a entre les thons et les dauphins une association régulière et importante analogue à l'association entre les thons et les dauphins dans l'ETP ou, en ce qui concerne une pêcherie à l'intérieur de "toutes les autres pêcheries", qu'il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins.

seulement pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.

6.31. Comme l'aperçu ci-dessus le montre, le règlement final de 2013 a apporté plusieurs modifications aux conditions d'accès au label *Dolphin Safe*, par rapport à la mesure initiale concernant le thon. Toutes les modifications s'appliquent seulement pour le thon capturé dans les pêcheries à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Pour ces pêcheries, le règlement final de 2013 a introduit trois conditions additionnelles, exposées ci-après.

6.32. Premièrement, à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon ajoute, comme condition d'accès au label *Dolphin Safe* pour tout produit du thon, la prescription selon laquelle une certification doit être fournie par le capitaine du navire, indiquant qu'"aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations ou autres déploiements d'engins au cours desquels le thon a été capturé". Aucune certification de ce type n'était exigée dans le cadre de la mesure initiale concernant le thon. En fait, dans le cadre de la mesure initiale concernant le thon, cette certification était exigée seulement pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP.¹⁸²

6.33. Deuxièmement, à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon établit comme condition d'accès au label *Dolphin Safe* certaines prescriptions relatives à la séparation selon lesquelles le thon capturé lors d'opérations ou d'autres déploiements d'engins désignés comme étant *Dolphin Safe* doit être stocké à l'écart du thon capturé lors d'opérations ou d'autres déploiements d'engins non-*Dolphin Safe*. Ce thon doit être déchargé et stocké de manière à ce que la séparation soit maintenue quand le thon quitte le navire de pêche, ainsi que pendant les opérations des conserveries et autres entreprises de transformation du thon des États-Unis. En revanche, dans le cadre de la mesure initiale concernant le thon, la séparation était une condition d'accès au label *Dolphin Safe* seulement pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP.¹⁸³

6.34. Troisièmement, à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon prévoit que l'accès au label *Dolphin Safe* pour une pêcherie particulière peut aussi être assujéti à une certification "aucun dauphin tué ou gravement blessé" et, le cas échéant, "aucun encerclement des dauphins" par un observateur¹⁸⁴, dans les cas où l'Administrateur adjoint du NMFS a déterminé que cet observateur était qualifié et autorisé à faire les certifications pertinentes, et que l'observateur est déjà à bord du navire.¹⁸⁵ Dans le cadre de la mesure initiale concernant le thon, une telle possibilité de déclenchement d'une prescription additionnelle concernant la certification par un observateur n'existait pas comme condition d'accès au label *Dolphin Safe*.

¹⁸² Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 176 et 292; et le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 2.20 et 2.25 c). Dans le cadre de la mesure initiale concernant le thon, une certification "aucun dauphin tué ou gravement blessé" aurait aussi été exigée comme condition d'accès au label *Dolphin Safe* pour les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, si le Secrétaire au commerce des États-Unis avait déterminé, en ce qui concerne une pêcherie spécifique à l'intérieur de la pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, l'existence d'une association régulière et importante entre les thons et les dauphins ou, en ce qui concerne une pêcherie autre qu'à la senne coulissante, l'existence d'une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes des dauphins. Aucune détermination de ce type n'avait été faite au moment de la procédure initiale. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 249 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.534))

¹⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.31.

¹⁸⁴ Pour la catégorie "toutes les autres pêcheries", l'accès au label *Dolphin Safe* est seulement subordonné à une certification "aucun dauphin tué ou gravement blessé". (article 216.91 a) 4) i) du règlement d'application)

¹⁸⁵ En réponse aux questions posées à l'audience, les États-Unis et le Mexique ont souscrit à cette description des trois conditions additionnelles et sont convenus qu'il n'y avait aucun autre élément additionnel important introduit dans la mesure modifiée concernant le thon par le règlement final de 2013.

7 ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL

7.1 Allégation du Mexique relative à la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble

7.1. Nous examinons tout d'abord l'allégation du Mexique selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur parce qu'il a formulé des constatations d'incompatibilité "d'une manière ... étroite au lieu de conclure que la mesure modifiée concernant le thon, dans son ensemble, [était] incompatible avec les accords visés".¹⁸⁶ Spécifiquement, le Mexique estime que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que seuls deux des trois éléments de la mesure modifiée concernant le thon – les "prescriptions concernant la certification" et les "prescriptions concernant le repérage et la vérification", mais pas les "critères d'admissibilité" – étaient incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. Le Mexique affirme qu'il a contesté la mesure modifiée concernant le thon "dans son ensemble"¹⁸⁷, et qu'il n'a fait de distinction entre les trois différents éléments de la mesure qu'en formulant ses arguments concernant la distinction réglementaire légitime qui fait l'objet de la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et concernant l'analyse au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Selon le Mexique, "c'est la mesure modifiée concernant le thon qui viole des dispositions de l'OMC, ... non des éléments particuliers de la mesure pris isolément".¹⁸⁸ Le Mexique nous demande de modifier les constatations et conclusions du Groupe spécial et de constater que la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.¹⁸⁹

7.2. Les États-Unis soutiennent que l'allégation du Mexique devrait être rejetée. Premièrement, ils affirment que le Mexique n'indique aucun fondement juridique pour son affirmation selon laquelle le Groupe spécial n'a pas dûment examiné ses allégations de discrimination.¹⁹⁰ Deuxièmement, ils considèrent que la base factuelle de l'allégation du Mexique est erronée car le Mexique a bien fait référence aux prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification ailleurs dans ses communications, notamment dans ses arguments sur l'effet préjudiciable dans le cadre de la première étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.¹⁹¹ Troisièmement, les États-Unis soutiennent que, que les effets préjudiciables causés par les trois éléments aient été évalués ensemble ou séparément, l'analyse du Groupe spécial aurait été la même.¹⁹²

7.3. Pour examiner cette allégation du Mexique, nous commençons par rappeler les constatations pertinentes du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans la procédure initiale, ainsi que les constatations pertinentes du Groupe spécial dans la présente procédure au titre de l'article 21:5. Dans la procédure initiale, le Groupe spécial a estimé que les instruments juridiques distincts contestés par le Mexique – à savoir la DPCIA, le règlement d'application initial et la décision Hogarth – pris conjointement énonçaient les conditions du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis et constituaient donc une mesure unique aux fins de son analyse des allégations du Mexique.¹⁹³ L'Organe d'appel a formulé une assertion analogue dans son rapport, notant en outre que les prescriptions énoncées dans ces instruments juridiques distincts prises conjointement "subordonn[aient] l'admissibilité au bénéfice d'un label *Dolphin Safe* à certains éléments de preuve documentaires qui vari[aient] selon la zone dans laquelle le thon contenu dans le produit du thon a[vait] été capturé et le type de navire et la méthode de pêche utilisés pour la capture".¹⁹⁴ Bien que tant le Groupe spécial initial que l'Organe d'appel aient examiné différents aspects des conditions régissant l'accès au label *Dolphin Safe* des États-Unis au titre de l'article 2.1 de

¹⁸⁶ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.

¹⁸⁷ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphes 65 et 66.

¹⁸⁸ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.

¹⁸⁹ Déclaration d'un autre appel du Mexique, paragraphe 5; communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphes 71 et 78.

¹⁹⁰ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 48.

¹⁹¹ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 50.

¹⁹² Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 51.

¹⁹³ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.24; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 2. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 193: "[L]a mesure des États-Unis établit un ensemble de prescriptions unique et juridiquement prescrit pour toute déclaration concernant la question générale du "caractère *Dolphin Safe*" des produits du thon aux États-Unis".

¹⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 172.

l'Accord OTC, y compris certaines prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification¹⁹⁵, ils ont aussi l'un et l'autre défini une mesure unique constituée par "les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*" et formulé des constatations finales afférentes à cette mesure unique.¹⁹⁶

7.4. Le Groupe spécial au titre de l'article 21:5 a examiné le champ et la teneur de la mesure modifiée concernant le thon dans deux parties distinctes de son raisonnement. Au début de son rapport, lorsqu'il a exposé sa compétence au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial a estimé qu'il était "clair" que les conclusions et recommandations de l'Organe d'appel dans la procédure initiale étaient censées s'appliquer à la mesure initiale concernant le thon "*dans son ensemble*, y compris tous ses éléments constitutifs".¹⁹⁷ Il a également examiné l'argument des États-Unis selon lequel les distinctions établies par les éléments contestés de la mesure modifiée concernant le thon étaient inchangées par rapport à la mesure initiale et n'étaient donc pas visées par la présente procédure au titre de l'article 21:5. Dans cette analyse, le Groupe spécial a souligné que, en constatant que la mesure initiale concernant le thon manquait d'impartialité, l'Organe d'appel "n'[avait] pas dit qu'un quelconque élément particulier du système réglementaire ... était l'unique responsable de ce manque d'impartialité".¹⁹⁸ En revanche, c'était "la mesure concernant le thon dans son ensemble, avec ses prescriptions réglementaires différentes, qui [avait] été jugée incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC".¹⁹⁹ En particulier, le Groupe spécial a estimé que la référence faite par l'Organe d'appel à la "différence dans les conditions d'étiquetage" et aux "différentes prescriptions" au pluriel indiquait que les constatations de l'Organe d'appel englobaient diverses distinctions incorporées dans la mesure initiale concernant le thon, y compris en ce qui concernait les prescriptions relatives à la certification ainsi qu'au repérage et à la vérification.²⁰⁰ Sur la base de cette analyse, le Groupe spécial a conclu qu'il était saisi de la question juridique de savoir si la mesure modifiée concernant le thon, y compris le règlement final de 2013, mettait les États-Unis en conformité avec le droit de l'OMC, et qu'il était compétent pour examiner toutes les allégations du Mexique, y compris celles qui se rapportaient aux critères d'admissibilité et aux prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification.²⁰¹

7.5. Ensuite, en examinant l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a dit que sa tâche consistait "à déterminer si la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble accord[ait] au thon et aux produits du thon mexicains un "traitement moins favorable" qu'au thon et aux produits du thon des États-Unis et d'autres Membres de l'OMC".²⁰² Prenant note de l'explication du Mexique selon laquelle cette analyse portait sur "la distinction réglementaire qui expliqu[ait] le traitement préjudiciable des produits du thon mexicains par rapport aux produits du thon des États-Unis et aux produits du thon originaires d'autres pays"²⁰³, le Groupe spécial a estimé que le Mexique avait identifié trois "distinctions réglementaires essentielles" dont la conception et l'application donnaient lieu à un traitement moins favorable, à savoir:

- a. les "critères d'admissibilité", définis comme étant "[l']exclusion de l'encerclement des dauphins, conformément à l'AIDCP, des méthodes de pêche pouvant être employées pour capturer le thon dans l'ETP d'une manière considérée comme *Dolphin Safe* et

¹⁹⁵ Voir le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 2.1 à 2.33; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 172 à 177.

¹⁹⁶ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.26; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 2 et 172, et note de bas de page 357 y relative. Voir aussi le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 8.1; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 407.

¹⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.11 et 7.12. (italique dans l'original)

¹⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.33.

¹⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.33. Voir aussi le paragraphe 7.117. Le Groupe spécial a aussi examiné et rejeté l'affirmation des États-Unis selon laquelle la procédure de mise en conformité devrait être limitée à l'évaluation du règlement final de 2013. Il a conclu que sa tâche consistait à "déterminer si la mesure modifiée concernant le thon, y compris le règlement final de 2013, mettait les États-Unis en conformité" avec les accords visés de l'OMC. (*Ibid.*, paragraphe 7.24)

²⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.35 à 7.37 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 284 et 298).

²⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.43.

²⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.97.

²⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.98 (citant la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 235).

l'admission d'autres méthodes de pêche pour capturer le thon d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*";

- b. les "prescriptions concernant la certification", définies comme étant "[l]es prescriptions obligatoires concernant les observateurs indépendants pour le thon capturé dans l'ETP par encerclement des dauphins, conformément à l'AIDCP, et l'absence de telles prescriptions pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP au moyen des mêmes méthodes de pêche et de méthodes de pêche différentes"; et
- c. les "prescriptions concernant le repérage et la vérification", définies comme étant "[l]es prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification pour le thon capturé dans l'ETP par encerclement des dauphins, conformément à l'AIDCP, et les prescriptions différentes pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP au moyen des mêmes méthodes de pêche comme de méthodes de pêche différentes".²⁰⁴

7.6. Le Mexique les a désignées collectivement par l'expression "la différence dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage", et a soutenu que cette différence signifiait que "tous les produits du thon similaires des États-Unis et la plupart des produits du thon d'autres pays [avaient] accès au label *Dolphin Safe*", tandis que "la mesure modifiée concernant le thon empêch[ait] la plupart des produits du thon mexicains d'accéder à ce label".²⁰⁵ Le Groupe spécial a aussi rappelé le point de vue des États-Unis selon lequel tout effet préjudiciable résultait uniquement des critères d'admissibilité, et selon lequel les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification n'étaient pas pertinentes parce qu'elles "ne caus[aient] pas l'effet préjudiciable qui était à la base des recommandations et décisions de l'ORD".²⁰⁶

7.7. Le Groupe spécial a estimé que le Mexique avait "développé" son argumentation sur l'effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification au fil de ses communications écrites.²⁰⁷ Bien qu'il ait pris note de l'affirmation du Mexique selon laquelle c'étaient les différences dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage de la mesure qui "conjointement"²⁰⁸ privaient les produits mexicains de possibilités de concurrence, le Groupe spécial a estimé qu'"il ressortait ... clairement de l'argumentation développée par le Mexique tout au long de la procédure que différents éléments de la mesure modifiée concernant le thon affectaient négativement le thon mexicain de différentes manières".²⁰⁹ Le Groupe spécial a ensuite résumé son interprétation des arguments des parties et la structure de l'analyse qu'il appliquerait:

[L]es deux parties ont structuré leurs arguments tout au long de la présente procédure sur la base des trois distinctions réglementaires indiquées par le Mexique. Ainsi, alors que le Mexique a fait valoir que le traitement moins favorable pertinent apparaissait seulement ou au moins le plus clairement quand les trois distinctions étaient toutes considérées conjointement, il a quand même présenté ses arguments distinction par distinction. Les États-Unis ont fait de même et ont présenté leurs arguments sur les trois distinctions réglementaires séparément. Nous avons décidé de suivre l'approche des parties pour présenter notre propre analyse. Nous indiquerons

²⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.98 (citant la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 236).

²⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.99 (citant la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 112).

²⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.101 (citant la deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 76).

²⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.102. Selon le Groupe spécial, bien que le Mexique se soit concentré sur une forme d'effet préjudiciable dans sa première communication écrite, il a, dans sa deuxième communication écrite, "développé et clarifié" ses arguments sur l'effet préjudiciable et, ce faisant, a "clairement [identifié] un type distinct d'effet préjudiciable ... causé par les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification". (*Ibid.*, paragraphes 7.104 et 7.105, respectivement (faisant référence à la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 117)) Selon le Groupe spécial, les arguments du Mexique reflètent "une allégation claire et recevable relative à un effet préjudiciable *distinct* de l'effet préjudiciable identifié par le Mexique comme résultant des critères d'admissibilité". (*Ibid.*, paragraphe 7.105. (italique dans l'original))

²⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.105 et 7.107 (citant la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 223; et la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 113, respectivement).

²⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105.

les liens entre ces distinctions dans les cas où cela sera pertinent, mais nous ferons une analyse en trois parties, en examinant en premier lieu les critères d'admissibilité; en deuxième lieu, les différentes prescriptions concernant la certification; et en troisième lieu, les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification.²¹⁰

7.8. Dans le reste de son rapport, le Groupe spécial a effectué des analyses séparées et formulé des constatations séparées concernant chacun des trois éléments suivants: les "critères d'admissibilité"; les "prescriptions différentes concernant la certification"; et les "prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification".

7.9. Nous formulons plusieurs observations sur la nature de l'allégation d'erreur formulée par le Mexique en appel et sur son lien avec l'approche analytique adoptée par le Groupe spécial.

7.10. Premièrement, nous notons l'affirmation du Mexique selon laquelle il a identifié et traité les trois différents éléments de la mesure comme étant pertinents pour la deuxième étape de l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC (c'est-à-dire la question de savoir si tout effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime), mais pas pour la première étape de cette analyse (c'est-à-dire la question de savoir si la mesure en cause modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés). Selon le Mexique, le Groupe spécial a confondu ses arguments concernant ces deux étapes différentes de l'analyse et a qualifié à tort l'identification par le Mexique des distinctions réglementaires pertinentes pour la deuxième étape de l'analyse au titre de l'article 2.1 d'arguments se rapportant à l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon.²¹¹ Bien que le Mexique allègue, de manière générale, que le Groupe spécial a fait erreur en formulant des constatations de compatibilité et d'incompatibilité distinctes pour les trois éléments de la mesure, plutôt que pour la mesure dans son ensemble, nous croyons comprendre que le Mexique cible principalement la décision du Groupe spécial d'analyser trois formes distinctes d'effet préjudiciable et d'en segmenter l'analyse.²¹²

7.11. Nous notons en outre que la décision du Groupe spécial de segmenter son analyse et d'examiner séparément les trois éléments de la mesure modifiée concernant le thon a eu des répercussions au-delà de son analyse de l'effet préjudiciable. En effet, le Groupe spécial a également segmenté son examen des trois éléments de la mesure modifiée concernant le thon aux fins de la deuxième étape de son analyse au titre de l'article 2.1, c'est-à-dire l'évaluation du point de savoir si l'effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. En outre, il a de la même façon segmenté son analyse relative aux allégations du Mexique au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, ainsi qu'au moyen de défense affirmatif des États-Unis au titre de l'article XX. Par conséquent, le Groupe spécial a divisé chaque phase de son analyse au regard des obligations de fond de l'Accord OTC et du GATT de 1994 en trois parties se rapportant aux "critères d'admissibilité"; aux "prescriptions différentes concernant la certification"; et aux "prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification".²¹³

7.12. En outre, le Groupe spécial a aussi formulé des *constatations distinctes* concernant la conformité de *chaque élément* avec l'obligation juridique applicable. Ainsi, il a constaté que les "critères d'admissibilité" prévus par la mesure modifiée concernant le thon n'accordaient pas au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits similaires des États-Unis et d'autres pays, et n'étaient donc pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.²¹⁴ À l'inverse, le Groupe spécial a constaté séparément que chacun des ensembles de "prescriptions concernant la certification" et de "prescriptions concernant le repérage et la vérification" accordait au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits similaires des États-Unis et d'autres pays, en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC.²¹⁵ De même, le Groupe spécial a formulé trois constatations distinctes selon lesquelles chaque élément de la mesure modifiée concernant le thon

²¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.108.

²¹¹ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 68 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105).

²¹² Le Mexique a confirmé à l'audience que son allégation concernant la "mesure dans son ensemble" portait sur l'analyse par le Groupe spécial de l'effet préjudiciable et était très étroitement liée à cette analyse.

²¹³ Voir le rapport du Groupe spécial, sections 7.5.2 (article 2.1 de l'Accord OTC), 7.6.1.2 (article I:1 du GATT de 1994), 7.6.2.2 (article III:4 du GATT de 1994), et 7.7.3.3 (texte introductif de l'article XX du GATT de 1994).

²¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.a.

²¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.2.b et 8.2.c.

était incompatible avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.²¹⁶ Enfin, le Groupe spécial a formulé des constatations distinctes pour chacun des trois éléments de la mesure modifiée concernant le thon au titre de l'alinéa g) et du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Bien qu'il ait constaté que chaque élément de la mesure modifiée concernant le thon était provisoirement justifié au regard de l'article XX g), il a constaté que les "critères d'admissibilité" satisfaisaient aux prescriptions du texte introductif, alors que les "prescriptions différentes concernant la certification" et les "prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification" n'y satisfaisaient pas.²¹⁷ Par conséquent, le Groupe spécial a constaté que les "critères d'admissibilité", mais pas les "prescriptions concernant la certification" ni les "prescriptions concernant le repérage et la vérification", étaient justifiés au regard de l'article XX. À aucun endroit de son rapport le Groupe spécial n'a formulé de constatation de compatibilité ou d'incompatibilité de la mesure modifiée concernant le thon plus généralement, ou dans son ensemble, avec une obligation de fond des accords visés de l'OMC.²¹⁸

7.13. Nous observons qu'analyser une mesure de façon segmentée peut susciter des préoccupations lorsque les éléments constitutifs de la mesure sont corrélés et fonctionnent de manière intégrée. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a critiqué l'approche du Groupe spécial consistant à effectuer un examen de la mesure en cause en deux étapes séparées en se concentrant d'abord sur les interdictions instituées par la mesure, avant d'examiner les exceptions qu'elle prévoyait. Étant donné que la portée des interdictions instituées par la mesure "ne [pouvait] être compris[e] qu'à la lumière des exceptions", et que "les exceptions prévues par la mesure n'auraient aucune signification juridique autonome si les interdictions n'existaient pas", l'Organe d'appel a conclu que la mesure aurait dû être examinée "comme un tout intégré".²¹⁹ Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a noté que la question de savoir quelle était la meilleure façon de qualifier une mesure en cause constituée de plusieurs éléments différents était une question qui revêtait une "importance particulière" dans les affaires où l'inclusion ou l'exclusion de certains éléments aux fins de la définition de la mesure "[pouvait] avoir une incidence sur la qualification juridique, ou sur l'analyse quant au fond, de la mesure".²²⁰ Notant que le Groupe spécial avait constaté que les instruments juridiques pertinents dans ce différend fonctionnaient conjointement, que les éléments permissifs et prohibitifs de la mesure étaient imbriqués les uns dans les autres et que les parties étaient convenues que la mesure en cause devrait être traitée comme une mesure unique, l'Organe d'appel a "jug[é] ... approprié de tirer des conclusions concernant la qualification juridique du régime de l'UE dans son ensemble sur la base d'une analyse intégrée des éléments constitutifs de la mesure".²²¹ Il a ensuite estimé que c'était uniquement le fonctionnement combiné des divers aspects de la mesure en cause qui avait donné lieu à des constatations de discrimination au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.²²²

7.14. En général, nous ne considérons pas qu'il soit nécessairement inapproprié qu'un groupe spécial, lorsqu'il analyse la conformité d'une mesure avec des obligations découlant des accords visés de l'OMC, évalue les différents éléments de la mesure successivement. En effet, cette approche peut, en fonction de la nature de la mesure en cause, être utile, voire, dans certains cas, essentielle, pour comprendre comment cette mesure est conçue et appliquée. Dans certains cas, il se peut même qu'on ne puisse pas reprocher à un groupe spécial de formuler des constatations d'incompatibilité séparées pour des éléments séparés d'une mesure, par exemple lorsque les

²¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.3.

²¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.4 et 8.5.

²¹⁸ Nous notons toutefois que le Groupe spécial recommande néanmoins que l'ORD demande aux États-Unis "de rendre leur mesure, dont [il a] constaté qu'elle était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 et n'était pas justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994, conforme à leurs obligations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.6.)

²¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 64. L'Organe d'appel a également formulé des observations analogues concernant la mesure en cause dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, disant que le Groupe spécial "aurait pu opter pour une approche plus holistique de la mesure en cause en examinant *ensemble* les deux éléments de [la mesure] qui se rapportaient aux pneumatiques rechapés". Il a toutefois noté qu'il n'était pas fait appel de l'approche analytique du Groupe spécial et a donc examiné les questions faisant l'objet d'un appel sur la base de cette approche. (Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 122 à 127 (italique dans l'original))

²²⁰ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.20.

²²¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.20.

²²² Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.188 et 5.189.

éléments de la mesure sont séparables, de sorte qu'ils ne dépendent pas les uns des autres sur le fond ou sur le plan du fonctionnement.

7.15. D'autres types de mesures, toutefois, ne peuvent pas être aussi facilement décomposées, et l'approche adoptée pour l'examen minutieux de telles mesures ne doit pas aboutir à l'examen isolé d'un élément particulier, ou de plusieurs éléments particuliers, d'une mesure d'une manière qui compromet l'analyse juridique ou entraîne à une conclusion juridique qui aurait été différente si cet élément avait été évalué par rapport aux autres éléments pertinents de la mesure. Dans les scénarios où les éléments d'une mesure sont corrélés, et où il n'est pas possible de comprendre correctement certains éléments sans se référer à d'autres éléments de la mesure, cette approche segmentée peut créer des distinctions artificielles qui constituent une erreur de droit. Nous considérons également, en fonction de la nature de l'obligation juridique en cause, qu'une approche segmentée peut susciter des préoccupations lorsqu'un groupe spécial ne procède pas à une évaluation globale qui fait la synthèse de son raisonnement ou de ses conclusions intermédiaires concernant des éléments connexes d'une mesure en cause afin de formuler une constatation correcte de compatibilité ou d'incompatibilité pour cette mesure.

7.16. Selon nous, il existe divers "liens" entre les différents éléments de la mesure modifiée concernant le thon qui sont pertinents pour les distinctions réglementaires examinées par le Groupe spécial. Nous observons, par exemple, que le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont constaté que les objectifs du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis étaient, premièrement, de "faire en sorte que les consommateurs ne soient pas trompés ou induits en erreur quant à la question de savoir si les produits du thon con[tenaient] du thon capturé d'une manière qui [avait] des effets nuisibles sur les dauphins" et, deuxièmement, de "contribuer à la protection des dauphins, en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une manière qui [avait] des effets nuisibles sur les dauphins".²²³ Il s'agit aussi des objectifs de la mesure modifiée concernant le thon.²²⁴ Par conséquent, comme la mesure initiale, la mesure modifiée concernant le thon établit un régime d'étiquetage constitué de divers éléments qui visent à réaliser les mêmes objectifs.

7.17. Outre le fait d'avoir un but commun, les éléments de la mesure modifiée concernant le thon sont aussi fortement liés entre eux. Par exemple, les deux conditions de fond régissant l'accès au label *Dolphin Safe* – à savoir les conditions voulant qu'il n'y ait "aucun encerclement des dauphins" et "aucun dauphin tué ou gravement blessé" – sont toutes les deux définies, et vérifiées, au moyen des prescriptions connexes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification. Pour toutes les pêcheries visées, le respect de ces conditions est démontré par la fourniture de certaines certifications.²²⁵ La mesure établit aussi un programme de repérage des thons qui repose sur les conditions de fond et dépend, entre autres choses, des certifications qui doivent accompagner les produits du thon obtenus à partir de thon remplissant ces conditions au cours de la capture et de la transformation ultérieure de ce thon.²²⁶ Selon nous, ces diverses dispositions soulignent le caractère corrélé des différents éléments de la mesure modifiée concernant le thon examinés par le Groupe spécial. Comme le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel l'ont observé, l'existence des conditions de fond "aucun encerclement des dauphins" et "aucun dauphin tué ou gravement blessé" n'aurait aucun sens en l'absence de prescriptions faisant

²²³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 325 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.401, 7.413 et 7.425).

²²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.523.

²²⁵ Voir l'article 1385 d) 1) et 2) de la DPCIA; et l'article 216.91 et 216.92 du règlement d'application. L'article 216.91 a) 1) du règlement d'application, par exemple, identifie trois conditions qui doivent être remplies pour que le label *Dolphin Safe* soit utilisé pour des produits du thon contenant du thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la première étant que "les prescriptions documentaires relatives au thon *Dolphin Safe* prévues à l'article 216.92 et 216.93 soient respectées".

²²⁶ Comme on peut le voir plus haut dans notre description de la mesure en cause, bon nombre des prescriptions concernant le repérage et la vérification se rapportent au respect de la condition "aucun dauphin tué ou gravement blessé", bien que certaines d'entre elles, y compris celles qui concernent la vérification, l'audit et les contrôles par sondage des données, ainsi que la fourniture du formulaire 370 par les navires autres que ceux des États-Unis, aient également trait à la démonstration ou à la vérification du fait que la condition "aucun encerclement des dauphins" a été respectée pour les pêcheries à la senne coulissante. Voir aussi l'article 1385 f) de la DPCIA, qui exige l'adoption de règlements pour mettre en œuvre les prescriptions légales, "y compris des règlements visant à établir un programme de repérage et de vérification qui prévoit le repérage effectif des thons étiquetés conformément à [l'article 1385 d)]".

respecter ces critères.²²⁷ Dans ces circonstances, nous n'estimons pas qu'il soit possible de correctement comprendre les conditions de fond régissant l'accès au label *Dolphin Safe* sans se référer aux prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification qui définissent ces mêmes conditions et en démontrent le respect.

7.18. À plusieurs stades de son analyse, le Groupe spécial a reconnu les corrélations entre les divers éléments de la mesure modifiée concernant le thon. Comme nous l'avons indiqué, lorsqu'il a exposé sa compétence au titre de l'article 21:5, le Groupe spécial a confirmé qu'il examinerait la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble, y compris ses prescriptions réglementaires différentes.²²⁸ En outre, après avoir noté que les constatations de l'Organe d'appel englobaient diverses distinctions incorporées dans la mesure initiale concernant le thon, y compris les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, le Groupe spécial a dit que le régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis "inclu[ait] nécessairement" non seulement les prescriptions concernant la certification mais aussi les diverses prescriptions documentaires constituant "les mécanismes par lesquels le respect de ce critère [était] surveillé et démontré".²²⁹ Il a ensuite souligné que non seulement la mesure modifiée concernant le thon, et en particulier le règlement final de 2013, "se rapport[ait] directement aux déclarations ou certifications de fond qui [devaient] être faites avant que le thon capturé puisse bénéficier du label *Dolphin Safe*", mais qu'en outre, les mécanismes de repérage et de vérification "[étaient] des aspects centraux de la mesure concernant le thon, qui fonctionn[aient] de concert avec les prescriptions de fond concernant la certification".²³⁰ Compte tenu de cela, le Groupe spécial a rejeté l'avis des États-Unis selon lequel les prescriptions concernant le repérage et la vérification étaient "dissociables" des règles en matière de certification énoncées dans le règlement final de 2013.²³¹

7.19. Compte tenu de cette interprétation qu'il a donnée de la façon dont les divers éléments de la mesure modifiée concernant le thon sont corrélés, nous ne voyons pas très bien pourquoi le Groupe spécial a jugé approprié de mener son analyse suivante d'une manière segmentée qui traitait des éléments particuliers de la mesure isolément d'autres éléments connexes. Par exemple, lorsqu'il a examiné les "critères d'admissibilité", le Groupe spécial a adopté une optique particulièrement limitée en examinant seulement la condition de fond voulant que les produits du thon ne soient pas obtenus à partir de thon capturé lors d'une expédition impliquant l'encerclement des dauphins. Or, comme nous l'avons noté, les produits du thon qui remplissent cette condition sont admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* uniquement s'ils remplissent aussi une *autre* condition de fond, à savoir qu'aucun dauphin n'ait été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé. En étant centrée uniquement sur les critères relatifs à la condition "aucun encerclement des dauphins", l'analyse du Groupe spécial a exclu l'examen du point de savoir si les produits concernés remplissaient aussi la condition "aucun dauphin tué ou gravement blessé". De même, dans son analyse des "prescriptions concernant la certification" et des "prescriptions concernant le repérage et la vérification", le Groupe spécial a estimé que ces prescriptions "n'[étaient] pertinentes que pour le thon admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* et destiné à recevoir ce label" – c'est-à-dire que pour "le thon [non] capturé par encerclement de dauphins".²³² En procédant ainsi, le Groupe spécial n'a pas évalué comment les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, dont il considérait lui-même qu'elles faisaient partie intégrante de la mesure globale, étaient corrélées entre elles et avec les conditions de fond régissant l'accès au label *Dolphin Safe*. L'approche du Groupe spécial est encore plus surprenante compte tenu de sa conclusion antérieure selon laquelle les prescriptions concernant le repérage et la vérification ne sont pas "dissociables" des prescriptions concernant la certification énoncées dans le règlement final de 2013. Bien que le Groupe spécial ait dit qu'il "indiquer[ait] les liens entre ces distinctions dans les cas où cela ser[ait] pertinent"²³³, nous ne considérons pas que dans son analyse du point de savoir si la mesure modifiée concernant

²²⁷ Dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a confirmé le raisonnement du Groupe spécial initial selon lequel l'imposition d'une prescription de fond voulant qu'aucun dauphin ne soit tué ou gravement blessé à l'extérieur de l'ETP n'aurait pas de pertinence pratique "si l'on part[ait] du principe qu'elle ne [pouvait] pas être vérifiée". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 294 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.541))

²²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.33.

²²⁹ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 125 relative au paragraphe 7.37.

²³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.40.

²³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.40 et 7.41.

²³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.143.

²³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.108.

le thon mettait les États-Unis en conformité avec les dispositions de l'Accord OTC et du GATT de 1994, il ait expliqué les "liens" entre les différents éléments de la mesure donnant lieu aux distinctions qu'il examinait.

7.20. Nous rappelons en outre que la mesure initiale concernant le thon, comme la mesure modifiée concernant le thon, contenait des dispositions relatives à l'admission des méthodes de pêche, à la certification ainsi qu'au repérage et à la vérification. Bien que la mesure modifiée concernant le thon ait introduit certaines modifications, comme il est expliqué dans notre description de la mesure en cause, ces modifications n'ont pas altéré les principes de base généraux du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis en mettant en cause d'une manière ou d'une autre l'existence de corrélations entre ses éléments constitutifs. Au contraire, les modifications apportées à la mesure modifiée concernant le thon ont contribué à renforcer la nature de ces corrélations. Cependant, le Groupe spécial n'a pas adopté une approche analytique de la mesure semblable à celle qu'avaient utilisée le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure initiale. Dans ces circonstances, et compte tenu des déclarations du Groupe spécial concernant la nécessité d'examiner la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble et de façon intégrée, nous nous serions attendus à ce que le Groupe spécial, au cours ou à la fin de son analyse segmentée, explique de quelle manière les diverses constatations étaient liées les unes aux autres, et sur quelle base il s'était fondé pour formuler des constatations de compatibilité et d'incompatibilité distinctes en dépit de la corrélation entre les divers éléments de la mesure.

7.21. En résumé, bien que le Groupe spécial ait, lorsqu'il a exposé sa compétence au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, mis en évidence les liens existant entre les éléments de la mesure modifiée concernant le thon, il a ensuite procédé à une analyse segmentée qui isolait l'examen de chaque élément de la mesure sans tenir compte de la façon dont les éléments étaient corrélés, et sans agréger ou synthétiser ses analyses ou constatations relatives à ces éléments avant de formuler ses conclusions finales quant à la compatibilité ou l'incompatibilité de la mesure modifiée concernant le thon. Nous reconnaissons qu'une appréciation correcte de la mesure dans laquelle les corrélations sont pertinentes, et de la mesure dans laquelle une analyse segmentée influe sur le résultat de l'analyse juridique, est fonction de l'obligation juridique particulière à l'examen – en l'espèce, les obligations énoncées à l'article 2.1 de l'Accord OTC et aux articles I:1, III:4 et XX du GATT de 1994. À ce stade de notre rapport, toutefois, nous considérons comme dénuée de fondement une analyse des conséquences de l'approche segmentée du Groupe spécial dans l'abstrait. Nous évaluerons plutôt si l'approche du Groupe spécial équivalait à une erreur de droit, ou l'a amené à commettre une erreur de droit, lorsque nous examinerons les allégations spécifiques que les participants ont formulées en appel concernant l'analyse et les constatations du Groupe spécial.

7.2 Article 2.1 de l'Accord OTC

7.22. Les États-Unis et le Mexique font l'un et l'autre appel de certains aspects du raisonnement et des constatations du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Le Mexique nous demande d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les critères d'admissibilité prévus par la mesure modifiée concernant le thon sont compatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC²³⁴, alors que les États-Unis demandent l'infirmer des constatations du Groupe spécial selon lesquelles les prescriptions différentes concernant la certification, et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon, sont incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.²³⁵

7.23. Notre analyse se divise en trois parties. Premièrement, nous commençons par rappeler la jurisprudence pertinente sur le critère juridique à appliquer au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Deuxièmement, nous examinons les questions soulevées par les États-Unis en appel en ce qui concerne l'application par le Groupe spécial de l'article 2.1 à la mesure en cause, et en particulier son analyse du point de savoir si la mesure modifiée concernant le thon, et les ensembles de prescriptions distincts qu'elle énonce, modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis d'une manière défavorable pour les produits du thon mexicains. Troisièmement, nous examinons les allégations d'erreur respectives des États-Unis et du Mexique se rapportant à l'analyse par le Groupe spécial de la question de savoir si l'effet préjudiciable que, d'après ses constatations, la mesure en cause avait sur les produits du thon mexicains sur le marché des

²³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.a.

²³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.2.b et 8.2.c.

États-Unis découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Dans cette troisième partie de notre analyse, nous commençons par évaluer l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans son énonciation du critère juridique dans le cadre de la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1, avant de passer à l'examen des diverses questions soulevées par les participants en relation avec l'application par le Groupe spécial de la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 à la mesure modifiée concernant le thon et aux ensembles de prescriptions distincts qu'elle énonce.

7.2.1 "Traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC

7.24. L'article 2 de l'Accord OTC concerne l' "[é]laboration, [l']adoption et [l']application de règlements techniques par des institutions du gouvernement central", et son premier paragraphe dispose que "[e]n ce qui concerne les institutions de leur gouvernement central":

Les Membres feront en sorte, pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays.

7.25. L'article 2.1 contient à la fois une obligation de traitement national et une obligation de traitement de la nation la plus favorisée (NPF). Pour établir l'existence d'une violation de l'une ou l'autre de ces obligations, un plaignant doit démontrer trois éléments: i) la mesure en cause est un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC; ii) les produits pertinents sont des "produits similaires"; et iii) la mesure en cause accorde un traitement moins favorable aux produits importés qu'au groupe pertinent de produits similaires.²³⁶ Étant donné que l'appel des États-Unis concernant l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 2.1 porte seulement sur le troisième de ces éléments, nous nous bornons, dans notre résumé ci-dessous, à rappeler les aspects essentiels de la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1, tels que l'Organe d'appel les a exposés dans des rapports précédents.

7.26. Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Organe d'appel a identifié une analyse en deux étapes à suivre pour examiner si le règlement technique en cause accordait un traitement moins favorable aux produits importés au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.²³⁷ Il a indiqué que la première étape de l'analyse était axée sur la question de savoir si le règlement technique en cause modifiait les conditions de concurrence au détriment de ces produits importés par rapport aux produits similaires d'origine nationale et/ou aux produits similaires originaires de tout autre pays.²³⁸ Cependant, une constatation selon laquelle la mesure en cause modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés n'est pas suffisante pour démontrer qu'il y a traitement moins favorable au sens de l'article 2.1.²³⁹ En fait, une deuxième étape de l'analyse est nécessaire, à savoir une évaluation de la question de savoir si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'elle ne reflète l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits importés.²⁴⁰ Dans les cas où l'effet préjudiciable causé par un règlement technique découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, ce règlement technique accorde un traitement non moins favorable aux produits importés au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.27. S'agissant de la première étape de l'analyse, le champ de la comparaison à faire pour évaluer s'il y a un traitement moins favorable des importations dépend des produits dont un

²³⁶ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 87; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 202.

²³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 182 et 215. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

²³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 180. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 268.

²³⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 182 et 215. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

²⁴⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215.

groupe spécial a constaté qu'ils étaient "similaires" aux fins de l'article 2.1.²⁴¹ Une fois que les produits similaires ont été dûment identifiés, l'article 2.1 exige d'un groupe spécial qu'il compare, d'une part, le traitement accordé en vertu de la mesure en cause au "groupe" des produits similaires importés du Membre plaignant et, d'autre part, celui qui est accordé au "groupe" des produits nationaux similaires et/ou au "groupe" des produits similaires originaires de tout autre pays.²⁴² Dans le cadre de cette comparaison, toute incidence défavorable sur les possibilités de concurrence pour les produits importés par rapport aux produits nationaux similaires qui est causée par une mesure particulière est potentiellement pertinente pour une constatation concernant l'effet préjudiciable.²⁴³

7.28. Le fait qu'il y a une différence de traitement entre les produits originaires de pays différents n'est ni nécessaire, ni suffisant pour établir l'existence d'un effet préjudiciable.²⁴⁴ Dans le même ordre d'idées, l'application de dispositions juridiques formellement identiques aux produits importés et similaires d'origines différentes peut malgré tout avoir un effet préjudiciable sur les conditions de concurrence des produits importés.²⁴⁵ Pour examiner si un règlement technique a un effet préjudiciable *de facto*, un groupe spécial "doit prendre en considération "la totalité des faits et circonstances qui sont portés à sa connaissance""²⁴⁶ et évaluer toutes "conséquences" pour les conditions de concurrence "qui ressortent de la conception, de la structure et du fonctionnement attendu de la mesure".²⁴⁷ Cet examen doit tenir compte de toutes les caractéristiques pertinentes du marché, qui peuvent englober les caractéristiques particulières de la branche de production en cause, les parts de marché relatives dans une branche de production donnée, les préférences des consommateurs, et les modes d'échange antérieurs".²⁴⁸ Autrement dit, un groupe spécial doit examiner le fonctionnement du règlement technique particulier en cause sur le marché particulier sur lequel il est appliqué.²⁴⁹

7.29. L'article 2.1 de l'Accord OTC, comme les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, protège l'égalité des possibilités de concurrence entre les produits similaires, plutôt qu'un quelconque volume particulier d'échanges.²⁵⁰ Par conséquent, un groupe spécial n'est pas tenu, au titre de l'article 2.1, de fonder ses conclusions juridiques sur des éléments de preuve concernant les effets réels sur le commerce du règlement technique sur le marché pertinent.²⁵¹ Un groupe spécial n'est pas non plus tenu, lorsqu'il analyse l'effet préjudiciable, d'effectuer uniquement un examen du

²⁴¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 192.

²⁴² Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 193; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; *États-Unis – EPO*, paragraphe 268. Voir aussi *CE – Amiante*, paragraphe 100.

²⁴³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 225.

²⁴⁴ Rapports de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137; *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 128; *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96.

²⁴⁵ Nous notons que, dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a considéré que le Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière* avait expliqué de manière convaincante ce qui suit:

D'un côté, les parties contractantes ont la faculté d'appliquer aux produits importés des prescriptions légales formelles *différentes* si les produits importés reçoivent ainsi un traitement plus favorable. D'un autre côté, il faut aussi reconnaître qu'il peut se présenter des cas où l'application de dispositions juridiques de formes *identiques* se traduirait en pratique par un traitement moins favorable pour les produits importés, de sorte qu'une partie contractante pourrait avoir à appliquer des dispositions juridiques différentes aux produits importés pour que le traitement qui leur est accordé ne soit pas en fait moins favorable.

(Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 136 (citant le rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, IBDD, S36/386, paragraphe 5.11 (italique dans l'original)))

²⁴⁶ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 269 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 206).

²⁴⁷ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 269 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 130).

²⁴⁸ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 269.

²⁴⁹ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 269.

²⁵⁰ Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.82; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 176; *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 305; *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphes 135 et 136; *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 126; *Japon – Boissons alcooliques II*, page 19; et *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphe 127; et les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.571; *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.236; et *Argentine – Peaux et cuirs*, paragraphe 11.20.

²⁵¹ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 325.

fonctionnement du règlement technique en cause dans le cadre de scénarios qui sont représentatifs des modes d'échanges effectifs.²⁵² En fait, une partie peut défendre sa cause et un groupe spécial peut parvenir à des conclusions concernant l'effet préjudiciable sur la base d'éléments de preuve et d'arguments relatifs à "la conception, [à] la structure et [au] fonctionnement attendu de la mesure".²⁵³ En même temps, une constatation d'effet préjudiciable ne peut pas reposer sur une simple affirmation²⁵⁴, et un groupe spécial ne devrait pas "accorder un poids indu à l'effet d'un règlement technique dans tout scénario hypothétique."²⁵⁵

7.30. Passant à la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous notons que l'Organe d'appel a souligné que le contexte spécifique fourni par d'autres dispositions de l'Accord OTC était instructif pour comprendre l'expression "traitement non moins favorable" figurant à l'article 2.1. Le contexte spécifique fourni, en particulier, par l'Annexe 1.1, l'article 2.2, et les deuxième, cinquième et sixième considérants du préambule "étaye une lecture selon laquelle l'article 2.1 n'a pas pour effet de prohiber *a priori* toute restriction du commerce international".²⁵⁶ Le sixième considérant donne des éclaircissements sur le sens et la portée de la prescription relative au "traitement non moins favorable" qui figure à l'article 2.1, en indiquant clairement que les règlements techniques peuvent chercher à atteindre des objectifs légitimes mais ne doivent pas être appliqués de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable.²⁵⁷ L'article 2.1 ne devrait pas être interprété comme signifiant que toutes distinctions, en particulier celles qui sont fondées *exclusivement* sur les caractéristiques particulières d'un produit ou sur des procédés et méthodes de production particuliers, constitueraient en soi un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1.²⁵⁸ En fait, certaines distinctions qui ont un effet préjudiciable peuvent ne pas constituer un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1. Ce serait le cas, en particulier, dans les cas où l'effet préjudiciable sur les importations découlerait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.31. Pour déterminer si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, un groupe spécial doit analyser minutieusement si le règlement technique en cause est impartial dans sa conception, ses principes de base, sa structure révélatrice, son fonctionnement et son application à la lumière des circonstances propres à l'affaire.²⁵⁹ L'Organe d'appel a indiqué que dans le cas où une distinction réglementaire n'était pas conçue et appliquée d'une manière impartiale – parce que, par exemple, elle était conçue ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable – cette distinction ne pouvait pas être considérée comme "légitime" et, par conséquent, l'incidence préjudiciable dénoterait une discrimination prohibée en vertu de l'article 2.1.²⁶⁰ Par conséquent, une mesure impliquant une "discrimination arbitraire ou injustifiable" ne serait pas conçue et appliquée d'une "manière impartiale". En même temps, le fait qu'une mesure est conçue de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable n'est pas la seule manière dont une mesure peut manquer d'impartialité, de sorte que l'effet préjudiciable ne peut pas être considéré comme découlant exclusivement de distinctions réglementaires légitimes.

²⁵² Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – EPO (Article 21:5 – Canada et Mexique), paragraphe 5.15.

²⁵³ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – EPO, paragraphe 269 (citant le rapport de l'Organe d'appel Thaïlande – Cigarettes (Philippines), paragraphe 130).

²⁵⁴ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – FSC (article 21:5 – CE), paragraphe 215. (italique omis)

²⁵⁵ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique), paragraphe 5.16.

²⁵⁶ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – EPO, paragraphe 268. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, paragraphe 171; et États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 212.

²⁵⁷ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, paragraphe 173; États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 213. Le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC reconnaît qu'un Membre de l'OMC peut prendre les mesures nécessaires, entre autres choses, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures "ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable" soit "une restriction déguisée au commerce international" et qu'elles soient "par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord".

²⁵⁸ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, paragraphe 169; États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 211; États-Unis – EPO, paragraphe 268.

²⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, paragraphe 182.

²⁶⁰ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – EPO, paragraphe 271.

7.32. S'agissant de la charge de montrer qu'un règlement technique est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC, comme nous l'avons déjà expliqué, une constatation selon laquelle un règlement technique modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés ne suffit pas à démontrer qu'il y a traitement moins favorable au sens de l'article 2.1²⁶¹, parce qu'un règlement qui a un effet préjudiciable *de facto* sur les importations ne sera pas incompatible avec l'article 2.1 lorsque cet effet découlera exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.²⁶² S'agissant de la charge de démontrer ces éléments de l'article 2.1, au cours de la procédure initiale, l'Organe d'appel a noté qu'il était bien établi que la charge de la preuve incombait à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établi[ssait], par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier.²⁶³ Dans les cas où la partie plaignante s'est acquittée de la charge de fournir ses éléments *prima facie*, il appartient alors à la partie défenderesse de réfuter cette démonstration.²⁶⁴ Dans le cadre de l'article 2.1, cela signifie qu'un plaignant doit démontrer qu'en vertu du règlement technique en cause, le traitement accordé aux produits importés est moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires ou aux produits similaires originaires de tout autre pays. Pour autant qu'il ait montré l'existence d'un effet préjudiciable, un plaignant peut donc démontrer *prima facie* qu'il y a traitement moins favorable, par exemple en fournissant des éléments de preuve et arguments montrant que la mesure n'est pas impartiale, ce qui donnerait à penser que la mesure est incompatible avec l'article 2.1.²⁶⁵ Si, toutefois, le défendeur démontre que l'effet préjudiciable sur les produits importés découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, il s'ensuit que la mesure contestée n'est pas incompatible avec l'article 2.1.²⁶⁶

7.33. Bien entendu, il n'y a aucune formule fixe indiquant comment un plaignant doit défendre sa cause. En fait, la nature et la portée des arguments et éléments de preuve requis pour l'établissement d'éléments *prima facie* varieront nécessairement en fonction des faits de la cause²⁶⁷ et d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre.²⁶⁸ De plus, ces règles et principes de la jurisprudence de l'OMC ne doivent pas être appliqués d'une manière indûment formaliste ou mécanique²⁶⁹, ni entraver l'analyse de fond devant être effectuée par un groupe spécial. Lorsqu'il cherche à établir une allégation de discrimination *de facto* au titre de l'article 2.1, un plaignant peut choisir de s'appuyer sur tout ou partie des mêmes distinctions réglementaires et éléments de preuve concernant la manière dont elles sont conçues et fonctionnent sur le marché pertinent aussi bien pour établir l'existence d'un effet préjudiciable *de facto* que pour montrer que les distinctions réglementaires établies dans le règlement technique impliquent un manque d'impartialité. Même si la partie plaignante a la charge de fournir ses éléments *prima facie*, la partie défenderesse doit prouver la thèse qu'elle cherche à établir en réponse²⁷⁰, et chaque partie a la charge d'étayer les affirmations qu'elle formule.²⁷¹ Selon nous,

²⁶¹ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 215; États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, paragraphes 182 et 215; États-Unis – EPO, paragraphe 271.

²⁶² Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – EPO, paragraphe 271; États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, paragraphe 182; États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 215.

²⁶³ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 216; États-Unis – Chemises et blouses de laine, page 16; États-Unis – EPO, paragraphe 272. L'Organe d'appel a indiqué que, "dans le cas où une distinction réglementaire n'[était] pas conçue et appliquée d'une manière impartiale – parce que, par exemple, elle [était] conçue ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable – cette distinction ne [pouvait] pas être considérée comme "légitime" et, par conséquent, l'incidence préjudiciable dénoter[ait] une discrimination prohibée en vertu de l'article 2.1." (rapports de l'Organe d'appel États-Unis – EPO, paragraphe 271)

²⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 216.

²⁶⁵ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 216; États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, paragraphes 182 et 215.

²⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 216.

²⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 216.

²⁶⁸ Rapports de l'Organe d'appel Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine), paragraphe 134; États-Unis – Chemises et blouses de laine, page 16; États-Unis – Acier au carbone, paragraphe 157.

²⁶⁹ Par exemple, "un groupe spécial n'est pas tenu, dans chaque cas, de faire une constatation explicite selon laquelle une partie plaignante s'est acquittée de la charge d'établir des éléments *prima facie* relativement à chaque élément d'une allégation particulière, ou selon laquelle la partie défenderesse a effectivement réfuté des éléments établis *prima facie*. Ainsi, un groupe spécial n'est pas tenu de rendre une décision explicite indiquant qu'une partie plaignante a établi *prima facie* qu'il y avait incompatibilité avant d'examiner le moyen de défense et les éléments de preuve de la partie défenderesse." (rapport de l'Organe d'appel Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine), paragraphe 135 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel Thaïlande – Poutres en H, paragraphe 134; et Corée – Produits laitiers, paragraphe 145))

²⁷⁰ Rapport de l'Organe d'appel Japon – Pommes, paragraphe 154.

ayant promulgué le règlement technique contenant les distinctions réglementaires qui entraînent l'effet préjudiciable, le Membre défendeur sera le mieux placé pour fournir les arguments et éléments de preuve nécessaires pour expliquer pourquoi, contrairement à ce que le plaignant affirme, le règlement technique est impartial et donc pourquoi l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Par conséquent, l'Organe d'appel a noté dans la procédure initiale que, même si la charge de prouver que les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient incompatibles avec l'article 2.1 incombait au Mexique en tant que plaignant, il appartenait aux États-Unis d'étayer leur affirmation selon laquelle leur régime était "adapté" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.²⁷²

7.34. Nous ne sommes pas certains que, dans son exposé de la charge de la preuve au titre de l'article 2.1, le Groupe spécial ait pleinement reconnu les responsabilités des deux parties à cet égard. Le raisonnement du Groupe spécial nous semble présenter la charge de la preuve comme étant une question totalement binaire. Par exemple, le Groupe spécial a dit que, suivant une interprétation possible de la charge de la preuve, "c'[était] au Mexique qu'incomb[ait] la charge de montrer *prima facie* à la fois que la mesure modifiée concernant le thon modifi[ait] les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains et que ce traitement préjudiciable dénot[ait] une discrimination parce qu'il ne découl[ait] pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime et n'[était] pas impartial".²⁷³ Il a expliqué que, sinon, la charge de la preuve pourrait être attribuée de telle sorte que, si le Mexique établissait l'existence d'un effet préjudiciable, "le Groupe spécial devrait déterminer si les États-Unis [avaient] établi *prima facie* que ce traitement préjudiciable découlait néanmoins exclusivement d'une distinction réglementaire légitime."²⁷⁴ Ces assertions ne cadrent pas avec l'exposé de la charge de la preuve fait par l'Organe d'appel dans la procédure initiale et semblent refléter une énonciation mécanique de la fonction de la charge de la preuve²⁷⁵, ainsi qu'un amalgame incorrect de la charge et du critère de la preuve.²⁷⁶

7.35. De plus, nous avons des réserves au sujet de la raison donnée par le Groupe spécial pour le choix de son approche, à savoir que "dans la présente procédure, les deux parties conviennent" de l'attribution de la charge de la preuve.²⁷⁷ Dans l'analyse qui l'a amené à sa décision d'adopter cette approche, le Groupe spécial a exprimé son "incertitude"²⁷⁸ quant à ce que l'Organe d'appel avait constaté antérieurement concernant la charge de prouver l'existence d'un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1. Le Groupe spécial a ensuite exposé de manière assez détaillée les points de vue des parties et des tierces parties au sujet de l'attribution de la charge de la preuve, disant qu'il était "conscient[]" qu'il [pouvait] y avoir des raisons systémiques de privilégier²⁷⁹ une approche différente de celle convenue par les parties, et a ensuite néanmoins décidé d'adopter l'approche convenue par les parties pour l'attribution de la charge de la

²⁷¹ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 283; *Japon – Pommes*, paragraphe 157; *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16; *CE – Hormones*, paragraphe 98.

²⁷² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 283. La question dont l'Organe d'appel était saisi était donc "de savoir si les États-Unis [avaient] démontré que cette différence dans les conditions d'étiquetage était une distinction réglementaire légitime et, par conséquent, si l'effet préjudiciable de la mesure résult[ait] exclusivement de cette distinction au lieu de dénoter une discrimination." (*Ibid.*, paragraphe 284)

²⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.59. (italique dans l'original)

²⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.236. Voir aussi le paragraphe 7.58.

²⁷⁵ Le Groupe spécial a dit, par exemple, ce qui suit: "conformément à l'attribution de la charge de la preuve ... il appartient au Mexique de démontrer, *prima facie* et en premier lieu, que les prescriptions différentes concernant [la certification ainsi que] le repérage et la vérification ne sont pas impartiales, parce que, par exemple, elles dénotent une discrimination. Ce n'est que si le Mexique fait cette démonstration que la charge de la preuve se déplacera vers les États-Unis, qui devront démontrer que les prescriptions différentes concernant [la certification ainsi que] le repérage et la vérification découlent en fait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime." (rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.389 (italique dans l'original). Voir également les paragraphes 7.195 et 7.236)

²⁷⁶ Donc, par exemple, le Groupe spécial s'est dit préoccupé par le fait que, si la charge de prouver que l'effet préjudiciable ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime incombait au défendeur, "des plaignants pourraient décider de ne pas présenter une allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC s'ils estim[aient] qu'ils pourraient parvenir essentiellement au même résultat (c'est-à-dire une constatation de traitement moins favorable) en vertu du GATT de 1994 sans avoir à prouver autant de faits." (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.58 (pas d'italique dans l'original))

²⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.59.

²⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.51.

²⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.58.

preuve.²⁸⁰ Selon nous, une approche selon laquelle un groupe spécial attribuerait la charge de la preuve au regard d'une disposition des accords visés seulement parce que les parties en sont convenues ainsi ne serait pas compatible avec son devoir d'interpréter et d'appliquer cette disposition. Nous reconnaissons que, dans ce contexte, le Groupe spécial a dit qu'il savait bien qu'il n'était pas "lié par les interprétations juridiques présentées par les parties ou les tierces parties".²⁸¹ Cependant, il apparaît bel et bien que c'est l'approbation conjointe des parties qui a, en définitive, incité le Groupe spécial à adopter l'approche qu'il a choisie. En tout état de cause, aucun des participants n'a contesté en appel l'approche du Groupe spécial concernant la charge de la preuve, et nous procéderons sur la base de l'énonciation par l'Organe d'appel de la charge de la preuve applicable qui est décrite plus haut aux paragraphes 7.32 et 7.33.

7.2.2 Traitement moins favorable – Effet préjudiciable

7.36. Nous allons maintenant examiner si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis.

7.37. Les États-Unis nous demandent d'infirmer les constatations d'effet préjudiciable formulées par le Groupe spécial pour ce qui est des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification.²⁸² Premièrement, ils allèguent que, en fondant ses constatations sur la différence dans les coûts et charges imposés aux produits du thon provenant de l'intérieur et de l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, le Groupe spécial a indûment plaidé la cause du Mexique, étant donné que ce dernier n'avait pas présenté d'arguments et d'éléments de preuve concernant ces coûts et charges dans ses communications écrites.²⁸³ Deuxièmement, selon eux, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification imposaient des coûts et charges différents pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'intérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans d'autres pêcheries. Même à supposer que de telles différences existent, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial n'a pas expliqué comment ces coûts et charges différents modifiaient les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains eu égard aux caractéristiques pertinentes du marché des États-Unis.²⁸⁴ Le Groupe spécial a plutôt fait erreur en parvenant à des conclusions sur l'effet préjudiciable "sans formuler de constatations factuelles" autres que celles qui établissaient l'existence de prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification.²⁸⁵ Troisièmement, les États-Unis disent que le Groupe spécial n'a pas dûment établi l'existence d'une véritable relation entre les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon, d'une part, et tout effet préjudiciable sur les conditions de concurrence des produits du thon mexicains, d'autre part. Selon eux, une telle relation n'existe pas. La mesure modifiée concernant le thon n'assujettit pas les produits du thon mexicains à ses prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification parce que ces produits sont obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et sont donc, d'emblée, exclus de l'accès au label *Dolphin Safe*. De plus, les États-Unis font valoir que, étant donné que les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP sont imposées par l'AIDCP, tout effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains est attribuable non pas à la mesure modifiée concernant le thon, mais aux obligations internationales du Mexique.²⁸⁶

7.38. Le Mexique, pour sa part, affirme que la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon modifie les conditions de concurrence au détriment de ses produits du thon sur le marché des États-Unis a été réglée par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure initiale. En

²⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.46 à 7.59.

²⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.59 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Préférences tarifaires*, paragraphe 105).

²⁸² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 92, 135, 287 et 332 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.162, 7.382, 8.2.b et 8.2.c).

²⁸³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 136 à 144 et 288 à 295.

²⁸⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 145 à 155 et 314 à 319.

²⁸⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 155 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 138).

²⁸⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 167 à 184 et 327 à 331.

particulier, il rappelle la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle l'effet préjudiciable de la mesure initiale concernant le thon sur les produits du thon mexicains était causé par le fait que la plupart de ces produits "contenaient du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP et n'étaient, donc, pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*", alors que "la plupart des produits du thon venant des États-Unis et d'autres pays qui étaient vendus sur le marché des États-Unis contenaient du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP et étaient, donc, admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*."²⁸⁷ La mesure modifiée concernant le thon "ne modifie pas les aspects de la conception et de la structure de la mesure initiale concernant le thon" dont il a été constaté qu'ils causaient un effet préjudiciable.²⁸⁸ En d'autres termes, la mesure modifiée concernant le thon continue de permettre à tous les produits du thon des États-Unis et à la plupart des produits du thon provenant d'autres pays d'accéder au label *Dolphin Safe*, alors qu'elle refuse l'accès à ce label à la plupart des produits du thon mexicains.²⁸⁹ Par conséquent, de l'avis du Mexique, les constatations de l'Organe d'appel, qui n'ont pas été contestées par les parties dans la présente procédure, "établissent définitivement" que le régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis modifie les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains. À l'audience, le Mexique a précisé que cet argument se rapportait à son allégation en appel, examinée plus haut dans la section 7.1, selon laquelle le Groupe spécial avait fait erreur en analysant séparément les trois ensembles de prescriptions prévus par la mesure modifiée concernant le thon – les "critères d'admissibilité", les "prescriptions concernant la certification", et les "prescriptions concernant le repérage et la vérification" –, au lieu de se concentrer sur la compatibilité avec les règles de l'OMC de la mesure dans son ensemble.²⁹⁰ Selon le Mexique, ces trois ensembles de prescriptions "fonctionnent conjointement" pour modifier les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains.²⁹¹ Comme la mesure modifiée dans son ensemble continue d'avoir un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis, le Mexique fait valoir qu'il n'a pas cherché à établir, et n'avait pas besoin d'établir, des "éléments *prima facie* indépendants et complets" attestant un effet préjudiciable "pour chacun des trois [ensembles de] conditions et prescriptions en matière d'étiquetage".²⁹²

7.39. En tant que participant tiers, l'Union européenne se range à l'avis du Mexique et soutient qu'une évaluation de l'effet préjudiciable doit être axée sur ce qui est causé par la mesure en cause dans son ensemble – c'est-à-dire l'"ensemble des distinctions réglementaires pertinentes" tout entier.²⁹³ Selon l'Union européenne, les principaux aspects qui ont amené le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel à constater que le régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis avait un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains "[sont] rest[és] inchangés".²⁹⁴ De l'avis de l'Union européenne, le Groupe spécial aurait dû tenir compte des constatations pertinentes formulées dans la procédure initiale, et il aurait dû s'abstenir d'effectuer une analyse du point de savoir si les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, "considérées isolément", avaient un effet préjudiciable.²⁹⁵ Les prescriptions "renforcées" concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification n'ont d'intérêt que pour la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon est impartiale.²⁹⁶ Compte tenu de ce qui précède, l'Union européenne suggère que nous déclarions que les constatations du Groupe

²⁸⁷ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 41 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 284).

²⁸⁸ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 43. Voir aussi le paragraphe 50.

²⁸⁹ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 44.

²⁹⁰ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 66.

²⁹¹ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 51.

²⁹² Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 48. Voir aussi les paragraphes 107, 117 et 156.

²⁹³ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 11. (italique omis)

²⁹⁴ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 12. L'Union européenne met en avant, en particulier, la "valeur commerciale importante" du label *Dolphin Safe* sur le marché des États-Unis; le traitement "asymétrique" du thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et du thon capturé dans d'autres pêcheries; et la "relation véritable et substantielle" entre la mesure initiale et l'effet préjudiciable sur le thon et les produits du thon mexicains – malgré l'intervention de "choix privés" de la part des consommateurs des États-Unis et de la flottille mexicaine. (*Ibid.*, paragraphes 9 et 12)

²⁹⁵ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 12. (italique omis)

²⁹⁶ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphes 12, 17, 20, 24 et 47.

spécial concernant l'effet préjudiciable des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification sont sans fondement et sans effet juridique.²⁹⁷

7.40. Pour traiter les questions soulevées par les participants en appel, nous commençons par exposer brièvement les constatations formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure initiale concernant l'effet préjudiciable de la mesure initiale concernant le thon, ainsi que les constatations formulées par le Groupe spécial dans la présente procédure de mise en conformité concernant l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon. Puis nous examinons si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de la question de savoir si les divers éléments constituant la mesure modifiée concernant le thon modifiaient les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis au sens de l'article 2.1.

7.2.2.1 Constatations d'effet préjudiciable dans la procédure initiale

7.41. Devant le Groupe spécial initial, le Mexique a allégué que la mesure initiale concernant le thon modifiait les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment de ses produits du thon pour les raisons suivantes: i) les produits du thon mexicains étaient obtenus presque exclusivement à partir de thon capturé dans l'ETP par encerclement des dauphins, et ne pouvaient donc pas avoir accès au label *Dolphin Safe*; ii) les produits du thon des États-Unis étaient obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de l'ETP au moyen d'autres méthodes de pêche, et étaient donc admissibles au bénéfice du label; iii) la plupart des consommateurs et des détaillants étaient sensibles aux questions liées à la mortalité des dauphins et n'achèteraient pas des produits du thon qui n'étaient pas désignés comme étant *Dolphin Safe*; et iv) la plupart des conserveries des États-Unis n'accepteraient pas du thon non-*Dolphin Safe* à des fins de transformation.²⁹⁸

7.42. Le Groupe spécial initial est convenu avec le Mexique que le label *Dolphin Safe* avait une "valeur commerciale importante sur le marché des produits du thon des États-Unis", et que, par conséquent, l'accès à ce label constituait un "avantage" sur ce marché.²⁹⁹ Il a ensuite examiné si la distinction réglementaire établie par la mesure initiale concernant le thon – en vertu de laquelle les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins ne pouvaient pas accéder au label *Dolphin Safe*, alors que les produits du thon contenant du thon capturé au moyen d'autres méthodes de pêche étaient admissibles au bénéfice de ce label – modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains par rapport aux produits similaires des États-Unis et d'autres pays. Selon lui, cette distinction réglementaire ne "désavantage[ait]" pas, *de jure*, les produits du thon mexicains "par rapport aux produits du thon des États-Unis et aux autres produits du thon importés"³⁰⁰, parce que "n'importe quelle flottille pêchant n'importe où dans le monde [devait] se conformer à la prescription" imposant de ne pas encercler les dauphins.³⁰¹

7.43. Examinant ensuite si la mesure initiale avait néanmoins un effet préjudiciable *de facto* eu égard aux pratiques de pêche de la flottille mexicaine et d'autres flottilles de pêche, le Groupe spécial initial a noté que depuis 1990, lorsque la première version de l'AIDCP avait été adoptée, les navires des États-Unis avaient peu à peu cessé d'encercler les dauphins pour capturer le thon dans l'ETP, alors que la flottille mexicaine n'avait pas abandonné l'utilisation de cette technique de pêche.³⁰² Il a donc considéré que toute différence dans les situations concurrentielles relatives des produits du thon mexicains et des autres produits du thon n'était pas imputable à la mesure initiale, mais résultait plutôt des choix d'acteurs privés³⁰³, y compris "les choix faits par la propre flottille de pêche et les propres conserveries du Mexique".³⁰⁴ Il a en outre estimé que, pour des raisons analogues, "[l]'existence de coûts additionnels pour certains opérateurs en raison de facteurs comme les pratiques existantes n'impliqu[ait] pas nécessairement" l'existence d'un effet

²⁹⁷ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphes 14, 17, 20 et 48.

²⁹⁸ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.253.

²⁹⁹ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.289 et 7.291. Il n'a pas été fait appel de cette constatation. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 233.)

³⁰⁰ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.311.

³⁰¹ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.305.

³⁰² Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.327 à 7.331.

³⁰³ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.334.

³⁰⁴ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.378.

préjudiciable sur les conditions de concurrence des produits de ces opérateurs.³⁰⁵ Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial initial n'était pas persuadé que la mesure initiale concernant le thon modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains par rapport aux produits similaires originaires des États-Unis ou de tout autre pays.³⁰⁶

7.44. L'Organe d'appel a noté que le Groupe spécial avait formulé les constatations de fait suivantes: i) "l'industrie mexicaine de la conserverie du thon [était] intégrée verticalement et ... les principaux producteurs et conserveries de produits du thon mexicains posséd[aient] leurs propres navires qui pêch[aient] dans l'ETP"; ii) "les deux tiers au moins de la flottille mexicaine de thoniers équipés de sennes coulissantes pêch[ait] dans l'ETP par encerclement des dauphins" et "elle pêch[ait] donc du thon qui n'aurait pas le droit d'être contenu dans un produit du thon *Dolphin Safe* au titre des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*"; iii) "la flottille des États-Unis ne pratiqu[ait] pas actuellement l'encerclement des dauphins dans l'ETP"; et iv) "au regard des pratiques actuelles des flottilles de thoniers des États-Unis et du Mexique, la plupart des thons capturés par des navires mexicains, qui [étaient] capturés dans l'ETP par encerclement des dauphins, n'auraient pas le droit d'être contenus dans un produit *Dolphin Safe* au titre des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*", alors que "la plupart du thon capturé par les navires des États-Unis [était] susceptible d'avoir le droit d'utiliser le label".³⁰⁷

7.45. De l'avis de l'Organe d'appel, ces constatations "établi[ss]aient clairement" que l'absence d'accès au label *Dolphin Safe* pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins avait un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis.³⁰⁸ L'Organe d'appel a dit qu'une détermination de l'existence d'un effet préjudiciable n'était pas liée à la question de savoir si les produits importés "pourraient" d'une manière ou d'une autre avoir accès au marché "en remplissant toutes les conditions applicables", mais plutôt à la question de savoir "si la mesure contestée modifi[ait] les conditions de concurrence au détriment de ces produits".³⁰⁹ Il n'a pas souscrit à l'avis du Groupe spécial selon lequel les situations concurrentielles différentes des produits du thon mexicains et des autres produits du thon n'étaient pas imputables à la mesure initiale concernant le thon mais plutôt aux choix d'acteurs privés. Pour l'Organe d'appel, la question pertinente s'agissant d'évaluer s'il existait une véritable relation entre une mesure et un effet défavorable sur les possibilités de concurrence des produits importés était celle de savoir si "l'action des pouvoirs publics "affect[ait] les conditions dans lesquelles des produits similaires, nationaux et importés, [étaient] en concurrence sur le marché du territoire d'un Membre".³¹⁰ L'Organe d'appel a été d'avis que c'était l'"action des pouvoirs publics" sous la forme de l'adoption et de l'application de la mesure initiale concernant le thon qui avait modifié les conditions de concurrence sur le marché au détriment des produits du thon mexicains, et que, par conséquent, l'effet préjudiciable découlait de la mesure initiale.³¹¹ À son avis, "[l]e fait que l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains comport[ait] peut-être un certain élément du domaine privé dans le choix ne permet[tait] pas ... aux États-Unis de se soustraire à leur responsabilité au regard de l'Accord OTC".³¹²

7.46. Eu égard à ce qui précède, l'Organe d'appel a conclu que la mesure initiale concernant le thon modifiait bel et bien les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains.³¹³ Plus loin dans son rapport, il a résumé ses conclusions sur l'effet préjudiciable comme suit:

[L]effet préjudiciable de la mesure sur les produits du thon mexicains [est] causé par le fait que la plupart de ces produits con[tiennent] du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP et [ne sont], donc, pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*, alors que la plupart des produits du thon venant des États-Unis et

³⁰⁵ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.342.

³⁰⁶ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.374.

³⁰⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 234 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.310, 7.314, 7.316 et 7.317).

³⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 235.

³⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 221.

³¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 236 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 149).

³¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 239.

³¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 239.

³¹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 240.

d'autres pays qui [sont] vendus sur le marché des États-Unis con[tiennent] du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP et [sont], donc, admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*. L'aspect de la mesure qui cause l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains est donc la différence dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part.³¹⁴

7.2.2.2 Constatations du Groupe spécial

7.47. Devant le Groupe spécial au titre de l'article 21:5, le Mexique et les États-Unis ont tous deux indiqué que l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon était le même que celui de la mesure initiale. Le principal argument du Mexique concernant l'effet préjudiciable était que "[l]es éléments fondamentaux de la conception et de la structure de la mesure qui fonctionn[aient] conjointement pour supprimer des possibilités de concurrence ... rest[aient] inchangés."³¹⁵ En particulier, l'effet préjudiciable dont l'existence avait été constatée par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure initiale – à savoir, l'exclusion de la plupart des produits du thon mexicains de l'accès au label *Dolphin Safe*, par opposition à l'admissibilité de la plupart des produits similaires originaires des États-Unis et d'autres pays au bénéfice de ce label – continuait d'exister.³¹⁶ Pour leur part, les États-Unis n'ont pas contesté les conclusions relatives à l'effet préjudiciable formulées par l'Organe d'appel dans la procédure initiale³¹⁷, qui, selon eux, étaient centrées sur l'accès au label *Dolphin Safe* eu égard aux "pratiques de pêche des flottilles des États-Unis et du Mexique".³¹⁸ D'après eux, l'exclusion des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins "*constitu[ait]* l'effet préjudiciable".³¹⁹ De l'avis des États-Unis, les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification n'étaient "pas pertinentes" pour l'analyse de l'effet préjudiciable effectuée par le Groupe spécial³²⁰, parce que les produits du thon mexicains contenant du thon capturé par encerclement des dauphins ne seraient toujours pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* même si ces prescriptions n'existaient pas.³²¹

7.48. Le Groupe spécial a estimé que le Mexique avait "développé" ses arguments concernant l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon au fil de la procédure.³²² Tout d'abord, le Mexique s'était concentré sur le fait que la mesure modifiée refusait l'accès au label *Dolphin Safe* à la plupart des produits du thon mexicains alors que tous les produits du thon des États-Unis et la plupart des produits similaires en provenance des autres pays avaient accès au label.³²³ Par la suite, il avait expliqué que c'était "[l]'absence de prescriptions suffisantes concernant l'admission des méthodes de pêche, l'enregistrement des données, la vérification et les observateurs" à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP qui amenait les produits du thon mexicains à "perd[re] des possibilités de concurrence par rapport à des produits du thon qui [pouvaient] être étiquetés *Dolphin Safe* de façon inexacte".³²⁴ Pour le Groupe spécial, ces derniers arguments du Mexique "constitu[aient] une allégation claire et recevable relative à un effet préjudiciable" qui était "distinct" du type d'effet préjudiciable dont le Mexique avait indiqué qu'il résultait des critères d'admissibilité.³²⁵ Alors que les critères d'admissibilité étaient "responsables du fait que la plupart des produits du thon mexicains

³¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 284.

³¹⁵ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 223.

³¹⁶ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 52, 315 et 329. Voir aussi, par exemple, la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 104, 203, 220 et 221; la déclaration liminaire du Mexique à la réunion du Groupe spécial, paragraphe 50; et la réponse du Mexique à la question n° 7 du Groupe spécial, paragraphes 20 et 21.

³¹⁷ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.446.

³¹⁸ Deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 68.

³¹⁹ Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 223. (italique dans l'original)

³²⁰ Deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 75.

³²¹ Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 223.

³²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.102.

³²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.102 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 232).

³²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.104 (citant la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 117). (soulignage omis)

³²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105. (italique omis)

[n'étaient] pas admissibles au bénéfice du label", les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification conféraient un "avantage concurrentiel" aux produits du thon non mexicains.³²⁶

7.49. Par conséquent, comme cela est exposé plus haut dans la section 7.1, le Groupe spécial a segmenté son évaluation de la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec l'article 2.1 en trois analyses séparées, une pour chacun des trois ensembles de prescriptions constituant la mesure – les "critères d'admissibilité", les "prescriptions différentes concernant la certification", et les "prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification".³²⁷

7.50. Le Groupe spécial a commencé par évaluer la compatibilité avec l'article 2.1 des "critères d'admissibilité" – c'est-à-dire la distinction réglementaire entre les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche.³²⁸ Il a observé que ces critères étaient "au cœur même de la procédure initiale".³²⁹ Pour ce premier ensemble de prescriptions, il n'a pas effectué une analyse en deux étapes: i) de la question de savoir si les critères d'admissibilité avaient un effet préjudiciable sur les conditions de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis; et, dans l'affirmative, ii) de la question de savoir si cet effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Au lieu de cela, il a été d'avis qu'en tant que groupe spécial au titre de l'article 21:5, il devait "s'appuyer sur les conclusions factuelles et juridiques formulées par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel, au moins en l'absence de nouveaux éléments de preuve déterminants qui rendraient ces constatations antérieures insoutenables."³³⁰ Il a considéré que l'Organe d'appel dans la procédure initiale avait "clairement constaté" que les États-Unis étaient en droit de traiter l'encerclement des dauphins différemment des autres méthodes de pêche³³¹ et que, par conséquent, l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins du label *Dolphin Safe*, associée à l'admission du thon capturé par d'autres méthodes de pêche au bénéfice du label, n'était pas incompatible avec l'article 2.1.³³² Il n'a pas jugé approprié de "revenir[r] sur cet examen" et, au lieu de cela, a dit qu'il "respect[erait] et réaffirm[erait]" la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle, "dans la mesure où ils modifi[aient] les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment ... des produits du thon mexicains, les critères d'admissibilité [étaient] impartiaux et, par conséquent, [n'étaient] pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC."³³³

7.51. Le Groupe spécial a ensuite entrepris d'évaluer, successivement, la compatibilité avec l'article 2.1 des "prescriptions différentes concernant la certification"³³⁴ et des "prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification".³³⁵ Pour chacun de ces ensembles de prescriptions, il a bien effectué une analyse en deux étapes visant à déterminer: i) si l'ensemble des prescriptions en question avait un effet préjudiciable sur les conditions de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis; et, dans l'affirmative, ii) si cet effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.52. Lorsqu'il a examiné si les "prescriptions [différentes] concernant la certification" – c'est-à-dire la prescription voulant que des certifications soient établies à la fois par le capitaine et par l'observateur dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, par opposition à la prescription relative à la certification par le capitaine seulement pour "toutes les autres pêcheries" – entraînaient un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis, le Groupe spécial a fondé son raisonnement sur les coûts de la mise en œuvre de la surveillance par des observateurs. Il a pris note de la reconnaissance par les États-Unis du fait que "la surveillance par des observateurs occasionnait des dépenses importantes"³³⁶, et de la reconnaissance par les parties du fait que "les coûts de la mise en œuvre

³²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105. (italique omis)

³²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.108.

³²⁸ Rapport du Groupe spécial, section 7.5.2.2.

³²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.118.

³³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119.

³³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122. Voir aussi le paragraphe 7.123.

³³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126.

³³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126.

³³⁴ Rapport du Groupe spécial, section 7.5.2.4.

³³⁵ Rapport du Groupe spécial, section 7.5.2.5.

³³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.162 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 265 et 266).

de la surveillance par des observateurs pouvaient être élevés.³³⁷ Compte tenu de ce qui précède, il a constaté qu'en n'exigeant pas une surveillance par des observateurs indépendants dans les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, les prescriptions concernant la certification "impos[aient] une charge moindre" pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans ces autres pêcheries.³³⁸ Après avoir formulé cette constatation, le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire de "formuler [aussi] une constatation définitive"³³⁹ concernant l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions concernant la certification "augment[aient] la probabilité que le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP soit étiqueté de façon inexacte".³⁴⁰ Bien qu'il ait jugé "relativement fondée" l'allégation du Mexique, il a estimé qu'"une constatation définitive sur ce point nécessiterait une analyse complexe et détaillée de tous les divers facteurs qui [pouvaient] aboutir à un étiquetage inexact du thon."³⁴¹

7.53. Eu égard à ce qui précède, le Groupe spécial a conclu que les prescriptions concernant la certification modifiaient les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis.³⁴²

7.54. Par la suite, le Groupe spécial a examiné l'effet préjudiciable allégué des "prescriptions concernant le repérage et la vérification" prévues par la mesure modifiée concernant le thon – c'est-à-dire les "prescriptions [différentes] concernant l'enregistrement des données et la vérification" pour les produits du thon contenant du thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et pour les produits du thon contenant du thon capturé dans d'autres pêcheries.³⁴³ Il a constaté que les prescriptions concernant le repérage et la vérification pour les produits du thon provenant de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, qui étaient dans une large mesure imposées par l'AIDCP, s'accompagnaient d'"obligations strictes"³⁴⁴ visant à garantir la séparation du thon capturé sans que des dauphins soient tués ou gravement blessés du thon capturé lors d'opérations entraînant la mort ou des blessures graves pour les dauphins pendant tout le processus de production – y compris le stockage à bord des navires de pêche, le déchargement au port, le courtage par des intermédiaires, le transbordement, la transformation partielle en longes et la mise en conserve.³⁴⁵ En ce qui concerne les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, le Groupe spécial a pris note des explications des États-Unis quant à ce que la mesure modifiée concernant le thon prévoyait pour permettre de vérifier que le thon *Dolphin Safe* avait été séparé du thon non-*Dolphin Safe*. Il a constaté que les États-Unis s'assuraient que le thon avait été dûment repéré et vérifié essentiellement au moyen des audits des conserveries – y compris des contrôles par sondage – visant à obtenir "les documents qui permett[aient] de suivre des lots particuliers reçus par les conserveries depuis l'expédition au cours de laquelle le thon [avait] été capturé."³⁴⁶ Les conserveries étaient également tenues de présenter des rapports mensuels contenant des renseignements concernant le thon reçu et transformé, y compris le statut *Dolphin Safe*, le poids, l'océan dans lequel le thon avait été capturé, le type d'engin utilisé, le type de navire de capture, les dates de l'expédition, le nom du transporteur, les dates de déchargement, le lieu de déchargement et, si les produits du thon devaient être étiquetés *Dolphin Safe*, les certifications requises.³⁴⁷ Les autres moyens de contrôle utilisés par les autorités des États-Unis incluaient les contrôles par sondage sur le marché de détail – qui fonctionnaient "essentiellement de la même

³³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.162 (faisant référence, entre autres choses, aux réponses des États-Unis et du Mexique aux questions n° 48 à 50 du Groupe spécial). En particulier, le Groupe spécial a noté que les États-Unis avaient reconnu que le coût de l'établissement et du maintien de programmes d'observation "impos[ait] un énorme obstacle à l'entrée sur le marché du thon des États-Unis, et pouvait se chiffrer à des centaines de millions de dollars". (*Ibid.* (citant la réponse des États-Unis à la question n° 49 du Groupe spécial, paragraphe 266))

³³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.162.

³³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.169.

³⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.163.

³⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.169.

³⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.179.

³⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.98 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 236).

³⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.296.

³⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 3.47 à 3.52.

³⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.308 (citant la réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 240).

³⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.303.

manière que les audits des conserveries"³⁴⁸ – et les inspections en haute mer, dans les eaux territoriales des États-Unis ou dans les ports des États-Unis.³⁴⁹

7.55. Le Groupe spécial a estimé que les prescriptions concernant le repérage et la vérification appliquées à l'intérieur et à l'extérieur, respectivement, de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP présentaient des "différences essentielles" touchant "à la portée, à l'exactitude et au degré de surveillance par les pouvoirs publics".³⁵⁰ S'agissant de la portée, le Groupe spécial a constaté que le système appliqué à la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP permettait de remonter la trace du thon "jusqu'à l'opération particulière lors de laquelle le thon [avait] été capturé et à la cuve particulière où il [avait] été entreposé".³⁵¹ Inversement, le système appliqué aux autres pêcheries permettait de remonter la trace du thon seulement "jusqu'au navire qui [avait] capturé le thon et à l'expédition au cours de laquelle le thon [avait] été capturé".³⁵² S'agissant de l'exactitude, le Groupe spécial a constaté que, en ce qui concerne la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, les TTF et les certifications pertinents accompagnaient des lots de thon particuliers "tout au long du processus de pêche et de production, depuis le point de capture jusqu'au point de vente au détail".³⁵³ Par contre, pour le thon capturé dans d'autres pêcheries, les États-Unis n'avaient pas montré comment les certifications pertinentes étaient conservées avec des lots de thon particuliers jusqu'à ce que le thon arrive à la conserverie.³⁵⁴ Enfin, s'agissant de la surveillance par les pouvoirs publics, le Groupe spécial a été d'avis que, pour ce qui était de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, les renseignements portant sur chaque étape du processus de capture et de mise en conserve du thon étaient mis à la disposition des autorités compétentes car des copies des formulaires de repérage du thon leur étaient envoyées et elles étaient informées chaque fois que la propriété du thon changeait.³⁵⁵ Inversement, pour le thon capturé dans d'autres pêcheries, les autorités compétentes ne recevaient des renseignements sur l'origine et l'historique du thon que des conserveries elles-mêmes – au moyen des rapports mensuels obligatoires ou des audits et des contrôles par sondage – et n'étaient donc pas en mesure d'aller "au-delà des documents" et d'évaluer la véracité de ces renseignements.³⁵⁶

7.56. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial a conclu que le système de repérage et de vérification appliqué au thon capturé dans des pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP présentait "d'importantes lacunes dans [son] champ"³⁵⁷, qui "donn[ai]ent fortement à penser" que le système en question était "considérablement moins astreignant" que le système en place pour le thon capturé à l'intérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.³⁵⁸ Après avoir formulé cette constatation, le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire d'examiner plus avant l'allégation du Mexique selon laquelle les différences entre les deux ensembles de prescriptions concernant le repérage et la vérification pouvaient augmenter la probabilité que les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP soient étiquetés de façon incorrecte. Bien qu'il ait effectivement jugé "relativement fondée" l'allégation du Mexique, il a estimé qu'une constatation définitive sur ce point exigerait "une analyse technique détaillée du fonctionnement effectif du système".³⁵⁹

³⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.312.

³⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.307.

³⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.354. (italique omis)

³⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.355. (italique dans l'original)

³⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.356. (italique dans l'original) À cet égard, le Groupe spécial a examiné deux pièces qui, selon les États-Unis, montraient que le système de repérage et de vérification appliqué aux pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP permettait de remonter la trace du thon jusqu'à l'opération spécifique lors de laquelle le thon avait été capturé et à la cuve spécifique où il avait été entreposé. Il a répété l'idée que ces pièces montraient qu'il était possible de remonter la trace du thon aussi loin que les États-Unis l'affirmaient. Il a plutôt été d'avis que le système permettait uniquement de remonter la trace du thon jusqu'à l'expédition au cours de laquelle il avait été pêché. (*ibid.*, paragraphes 7.357 à 7.359)

³⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.360.

³⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.361.

³⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.364.

³⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.365.

³⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.369 (citant les observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 172).

³⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.369 et 7.370.

³⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.372.

7.57. Eu égard à ce qui précède, le Groupe spécial a constaté que les prescriptions concernant le repérage et la vérification modifiaient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains.³⁶⁰

7.58. Dans chacune de ses deux analyses de l'effet préjudiciable, le Groupe spécial a examiné l'argument des États-Unis selon lequel tout effet préjudiciable subi par les produits du thon mexicains en raison des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification appliquées aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP "découl[ait] du régime de l'AIDCP" et non de la mesure modifiée concernant le thon, de sorte qu'il n'existait aucune "véritable relation" entre la mesure et tout effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains.³⁶¹ Le Groupe spécial a constaté que, même si l'AIDCP imposait certaines prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification pour la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, "[il] ne [disait] rien" au sujet de prescriptions analogues applicables à d'autres pêcheries.³⁶² La mesure modifiée concernant le thon, par contre, imposait certaines prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification pour la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et des prescriptions de ce type différentes pour d'autres pêcheries. Par conséquent, le Groupe spécial a fait le raisonnement selon lequel "[c'était] la mesure modifiée concernant le thon" qui, à l'intérieur du même cadre réglementaire, "prévo[yait] deux ensembles de règles pour l'accès au label *Dolphin Safe* – un ensemble de règles pour le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, et un autre ensemble pour tous les autres thons."³⁶³ Selon le Groupe spécial, le fait qu'un élément de la distinction réglementaire – c'est-à-dire les prescriptions applicables à la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP – était imposé par des obligations internationales ne changeait rien à la conclusion selon laquelle la distinction dans son ensemble était imputable à "la conception et [à] la structure de la mesure modifiée concernant le thon elle-même".³⁶⁴

7.2.2.3 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon

7.59. Pour commencer notre examen de l'analyse de l'effet préjudiciable effectuée par le Groupe spécial, nous rappelons que, lorsqu'il examine si un règlement technique a un effet préjudiciable *de facto*, un groupe spécial doit prendre en considération "la totalité des faits et circonstances qui sont portés à sa connaissance" et évaluer toutes conséquences pour les conditions de concurrence "qui ressortent de la conception, de la structure et du fonctionnement attendu de la mesure."³⁶⁵ Cet examen doit également "tenir compte de toutes les caractéristiques pertinentes du marché, qui peuvent englober les caractéristiques particulières de la branche de production en cause, les parts de marché relatives dans une branche de production donnée, les préférences des consommateurs, et les modes d'échange antérieurs" – c'est-à-dire "le fonctionnement du règlement technique particulier en cause sur le marché particulier sur lequel il est appliqué."³⁶⁶ Par conséquent, un groupe spécial effectuant une analyse de l'effet préjudiciable *de facto* au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC devrait tenir compte tant de la conception et de la structure de la mesure en cause que de la façon dont la mesure fonctionne (ou dont on peut s'attendre à ce qu'elle fonctionne) eu égard aux caractéristiques pertinentes du marché concerné.

7.60. Nous rappelons en outre que, comme cela a été constaté dans la procédure initiale et comme les deux parties l'ont reconnu dans la présente procédure de mise en conformité, l'accès

³⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.382.

³⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.171 (citant la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 226 et 295).

³⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.177.

³⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.177.

³⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.177. Voir aussi le paragraphe 7.294.

³⁶⁵ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 269 (citant, respectivement, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 206; et *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 130).

³⁶⁶ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 269 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxe sur les boissons sans alcool*, paragraphe 8.119; et aux rapports de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 145; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 233 et 234).

au label *Dolphin Safe* constitue un "avantage" sur le marché des produits du thon des États-Unis du fait de la "valeur commerciale importante" de ce label.³⁶⁷

7.61. Plus haut, dans la section 7.1, nous avons estimé que c'était uniquement au moyen de la conception et du fonctionnement de toutes ses conditions d'étiquetage combinées que la mesure modifiée concernant le thon établissait l'accès au label *Dolphin Safe* des produits du thon vendus sur le marché des États-Unis. En effet, des conditions d'étiquetage différentes peuvent affecter l'accès au label *Dolphin Safe* de groupes de produits du thon similaires de façons différentes. Par exemple, alors que l'exclusion des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins signifie que la plupart des produits du thon mexicains ne sont pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*³⁶⁸, d'autres éléments de la mesure modifiée concernant le thon – comme les nouvelles prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification imposées à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP en vertu du règlement final de 2013 – peuvent aussi empêcher certains produits du thon originaires des États-Unis ou d'ailleurs d'accéder au label. Les divers ensembles de prescriptions prévus par la mesure modifiée concernant le thon peuvent avoir une importance plus ou moins grande pour la question de savoir si les produits du thon mexicains subissent des effets défavorables, de sorte qu'il peut être approprié de dissocier les différents éléments et de les examiner successivement. Toutefois, nous ne considérons pas que l'on puisse dûment effectuer un examen de l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sans aussi tenir compte de la corrélation entre ces éléments et examiner la manière dont ils fonctionnent conjointement pour modifier les conditions de concurrence sur le marché des produits du thon des États-Unis.

7.62. Nous ne pensons pas que le Groupe spécial ait pris ces corrélations en considération dans son examen. Par contre, il a effectué une analyse segmentée pour chacun des ensembles de "critères d'admissibilité"³⁶⁹, de "prescriptions différentes concernant la certification"³⁷⁰ et de "prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification".³⁷¹ En exposant ces analyses séparées, le Groupe spécial a estimé que le type d'effet préjudiciable causé par les ensembles de prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification avait un caractère "distinct" de l'effet préjudiciable causé par les critères d'admissibilité.³⁷² En particulier, le Groupe spécial s'est référé à la déclaration du Mexique selon laquelle les critères d'admissibilité "[étaient] responsables du fait que la plupart des produits du thon mexicains [n'étaient] pas admissibles au bénéfice du label".³⁷³ À l'inverse, il a identifié la nature de l'effet préjudiciable découlant des prescriptions différentes concernant la certification et des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification comme étant l'"avantage concurrentiel" qui était accordé aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, sous la forme des coûts et charges moindres que la mesure modifiée concernant le thon imposait à ces produits du thon, par rapport à ceux qu'elle imposait aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.³⁷⁴ Après avoir effectué ces trois analyses segmentées, le Groupe spécial n'a pas cherché à en faire la synthèse ni à examiner de façon plus globale les conséquences que le fonctionnement combiné des différents ensembles de prescriptions aurait pu avoir pour son analyse de l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur les produits du thon mexicains.

7.63. À notre avis, l'approche analytique du Groupe spécial fait abstraction du fait que l'effet préjudiciable résultant de la mesure modifiée concernant le thon ne peut pas être dûment examiné au moyen d'analyses isolées de l'effet préjudiciable associé aux ensembles de prescriptions distincts prévus par cette mesure. Comme toutes les conditions d'accès au label *Dolphin Safe*

³⁶⁷ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.289 et 7.291. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.424.

³⁶⁸ Voir le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.317; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 234.

³⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, section 7.5.2.2.2.

³⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, section 7.5.2.4.1.

³⁷¹ Rapport du Groupe spécial, section 7.5.2.5.1.

³⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105. (italique omis)

³⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105 (faisant référence à la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 117).

³⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105.

peuvent influencer sur cet effet préjudiciable³⁷⁵, une évaluation correcte de l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur les produits du thon mexicains appelle un examen de la façon dont les différentes conditions d'étiquetage prévues par la mesure fonctionnent conjointement d'une manière qui affecte les conditions de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis.

7.64. Nous rappelons en outre que, comme il est indiqué plus haut au paragraphe 5.9, "les procédures au titre de l'article 21:5 ne se déroulent pas indépendamment des procédures initiales"; par contre, "les deux procédures s'inscrivent dans une suite d'événements".³⁷⁶ L'examen par un groupe spécial d'une mesure prise pour se conformer doit tenir dûment compte des constatations du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD.³⁷⁷ Ainsi, par exemple, en exposant la portée analytique de son analyse de l'effet préjudiciable, le Groupe spécial *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* a dit qu'il "suivrait la même approche que le Groupe spécial initial".³⁷⁸ Sur cette base, le Groupe spécial de la mise en conformité a évalué si la mesure prise pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD modifiait l'effet préjudiciable dont l'existence avait été constatée dans la procédure initiale.³⁷⁹

7.65. De même, nous pensons que l'approche analytique de l'effet préjudiciable suivie par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel constitue un contexte pertinent pour une évaluation correcte de l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon. Cette évaluation pourrait utilement s'appuyer sur, ou prendre comme point de départ, la constatation formulée par l'Organe d'appel dans la procédure initiale, selon laquelle l'effet préjudiciable de la mesure initiale concernant le thon était "causé par le fait que la plupart [des] produits [du thon mexicains] contenaient du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP et n'étaient, donc, pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*", alors que "la plupart des produits du thon venant des États-Unis et d'autres pays qui étaient vendus sur le marché des États-Unis contenaient du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP et étaient, donc, admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*".³⁸⁰ Dans la procédure initiale, le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel se sont concentrés sur l'accès au label *Dolphin Safe*. Ce faisant, ils ont fondé leurs évaluations sur la distinction réglementaire en vertu de laquelle les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins étaient exclus de l'accès au label *Dolphin Safe*, alors que les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche étaient admis à bénéficier de ce label, qui constituait la distinction réglementaire au centre de la contestation du Mexique.³⁸¹ En même temps, l'Organe d'appel a reconnu les liens existant entre les divers éléments du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis lorsqu'il a dit que l'aspect de la mesure initiale concernant le thon qui causait l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains était "la *différence dans les conditions d'étiquetage*" pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins,

³⁷⁵ Comme le Groupe spécial lui-même l'a reconnu, le régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis inclut nécessairement non seulement les "prescription[s] de fond", mais aussi les diverses prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification (qui constituent les mécanismes par lesquels le respect de ces prescriptions de fond est "surveillé et démontré". (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 125 relative au paragraphe 7.37)

³⁷⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 136 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 121). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 386.

³⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 136 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 142; *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 121; *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphe 61; *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*, paragraphes 68 et 77; et *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 102).

³⁷⁸ Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 7.66.

³⁷⁹ Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 7.68 à 7.175.

³⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 284.

³⁸¹ Voir le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.253; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 284.

d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche, d'autre part.³⁸²

7.66. Par conséquent, il nous semble que les constatations d'effet préjudiciable formulées par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel renforcent le fait qu'une évaluation correcte de l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur les produits du thon mexicains appelle un examen de la façon dont les différentes conditions d'étiquetage prévues par la mesure fonctionnent conjointement. Cette analyse devrait également comprendre un examen du point de savoir si ces conditions fonctionnent d'une manière qui produit le même effet préjudiciable ou modifie l'effet préjudiciable dont l'existence a été constatée dans la procédure initiale. Par exemple, le Groupe spécial aurait pu expliquer dans quelle mesure les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification introduites par le règlement final de 2013 pour les produits du thon provenant de l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP avaient pour effet de diminuer (ou d'accroître) l'accès au label *Dolphin Safe* pour ces produits du thon.³⁸³ À partir de là, il aurait pu examiner si le fonctionnement combiné des différentes conditions d'étiquetage prévues par la mesure modifiée concernant le thon réduisait (ou accentuait) l'effet préjudiciable des différences réglementaires dans le traitement des produits du thon mexicains *par rapport* aux produits similaires originaires des États-Unis ou d'ailleurs, pour ce qui est de l'accès au label *Dolphin Safe*.

7.67. Nous observons que, lorsqu'il a exposé son analyse de la compatibilité avec l'article 2.1 des "critères d'admissibilité", le Groupe spécial a effectivement reconnu l'importance des constatations formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure initiale.³⁸⁴ Toutefois, dans le reste de son examen des critères d'admissibilité, il s'est borné à "respect[er] et réaffirm[er]" la constatation alléguée de l'Organe d'appel selon laquelle la distinction réglementaire entre les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche était "impartiale" et, par conséquent, n'était "pas incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC".³⁸⁵ En d'autres termes, le Groupe spécial n'a *pas* fait référence aux constatations formulées par l'Organe d'appel dans le cadre de la *première* étape de l'analyse du traitement moins favorable, c'est-à-dire concernant l'effet préjudiciable de cette distinction réglementaire. Il n'a pas non plus procédé à sa propre évaluation du point de savoir si l'exclusion des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe*, associée à l'admission des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche au bénéfice du

³⁸² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 284. (pas d'italique dans l'original) Ailleurs dans son rapport, l'Organe d'appel a pris note des constatations du Groupe spécial initial selon lesquelles, pour les produits du thon provenant de l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, aucune certification indiquant qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon avait été capturé n'était exigée. (Voir *ibid.*, paragraphe 292 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.561)) L'Organe d'appel a également confirmé la constatation du Groupe spécial initial selon laquelle l'imposition d'une prescription de fond voulant qu'aucun dauphin ne soit tué ou gravement blessé à l'extérieur de l'ETP ne serait pas pertinente dans la pratique "si l'on part[ait] du principe qu'elle ne [pouvait] pas être vérifiée". (*Ibid.*, paragraphe 294 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.541))

³⁸³ Comme seulement quatre mois se sont écoulés entre l'adoption du règlement final de 2013 le 9 juillet 2013 et l'engagement par le Mexique de la présente procédure au titre de l'article 21:5 le 15 novembre 2013, il a peut-être été difficile pour les parties de présenter des éléments de preuve empiriques montrant les changements dans les niveaux ou pourcentages de produits du thon provenant de l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP qui étaient en mesure d'accéder au label *Dolphin Safe*. Nous notons, cependant, que les deux parties ont effectivement présenté des éléments de preuve concernant les niveaux de mortalité et de blessures graves des dauphins dans les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Le Groupe spécial aurait peut-être pu s'appuyer sur ces éléments de preuve pour tirer certaines conclusions concernant la mesure dans laquelle les prescriptions additionnelles prévues par la mesure modifiée concernant le thon avaient exclu de l'accès au label *Dolphin Safe* des produits du thon qui auraient été en mesure d'accéder au label en vertu de la mesure initiale concernant le thon.

³⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.118. Le Groupe spécial a jugé "approprié" de "s'appuyer sur les conclusions factuelles et juridiques formulées par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel, au moins en l'absence de nouveaux éléments de preuve déterminants qui rendraient ces constatations antérieures insoutenables". (*Ibid.*, paragraphe 7.119)

³⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126. Nous traitons plus en détail cette partie du raisonnement du Groupe spécial dans la section 7.2.3.2.2 du présent rapport.

label, avait un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis.³⁸⁶

7.68. L'approche du Groupe spécial est plutôt étonnante car le Mexique et les États-Unis ont tous deux indiqué au Groupe spécial que, en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, comme en vertu de la mesure initiale concernant le thon, la plupart des produits du thon mexicains étaient toujours exclus de l'accès au label *Dolphin Safe*, alors que la plupart des produits similaires des États-Unis et d'autres pays étaient toujours admissibles au bénéfice de l'accès à ce label.³⁸⁷ À cet égard, il n'est pas clair pour nous que, comme le Groupe spécial le soutient, la position du Mexique concernant l'effet préjudiciable "ait été développée[e]"³⁸⁸ au fil de la procédure pour englober les allégations d'effet préjudiciable séparé et distinct découlant de "[l']absence de prescriptions suffisantes concernant l'admission des méthodes de pêche, l'enregistrement des données, la vérification et les observateurs" à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.³⁸⁹ Nous notons en outre qu'en appel, ni le Mexique ni les États-Unis ne considèrent que les analyses du Groupe spécial concernant l'effet préjudiciable des prescriptions concernant la certification et des prescriptions concernant le repérage et la vérification étaient justifiées ou nécessaires eu égard aux constatations d'effet préjudiciable formulées par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel.

7.69. Ayant identifié ces préoccupations générales concernant l'approche segmentée de l'effet préjudiciable suivie par le Groupe spécial, nous allons maintenant examiner l'approche analytique que le Groupe spécial a utilisée pour effectuer ses analyses distinctes de l'effet préjudiciable sur la base des coûts et charges associés aux prescriptions concernant la certification et aux prescriptions concernant le repérage et la vérification.

7.70. Le Groupe spécial a considéré que les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification "[n'étaient] pertinentes que pour le thon admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* et destiné à recevoir ce label" – c'est-à-dire que pour le thon non capturé par encerclement des dauphins.³⁹⁰ Il a donc comparé les coûts et charges que les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification entraînaient pour, d'une part, les produits du thon mexicains obtenus à partir de thon capturé *autrement que par encerclement des dauphins* et, d'autre part, les produits du thon originaires des États-Unis ou d'ailleurs obtenus à partir de thon capturé *autrement que par encerclement des dauphins*.³⁹¹ Nous rappelons que, aux fins tant de la procédure initiale que de la présente procédure de mise en conformité, "les produits du thon mexicains sont "similaires" aux produits du thon originaires des États-Unis et à ceux qui sont originaires de tout autre pays"³⁹², que ces produits soient ou non

³⁸⁶ Nous notons que, dans la partie de son rapport dans laquelle il a examiné la compatibilité des "critères d'admissibilité" avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial a effectivement estimé que la distinction réglementaire entre les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche "[avait] pour effet de refuser [aux] produits du thon [mexicains] un avantage commercial précieux (c'est-à-dire l'accès au label *Dolphin Safe*)", modifiant ainsi les conditions de concurrence au détriment de ces produits. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.447. Voir aussi le paragraphe 7.498.) Toutefois, le Groupe spécial n'a pas complété cette constatation par une évaluation du volume de produits du thon des États-Unis et d'autres pays qui étaient exclus de l'accès au label du fait des nouvelles prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification en vigueur à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.

³⁸⁷ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 223 et 224; première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 215. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.446.

³⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.102.

³⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.104 (citant la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 117). (soulignage omis) En effet, comme le Groupe spécial l'a explicitement reconnu, "l'élément central" de l'argumentation du Mexique concernant l'effet préjudiciable est que, "en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, la majeure partie des thons et des produits du thon mexicains ... n'est pas admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*, alors que la majeure partie des thons et des produits du thon capturés ou fabriqués par les États-Unis et d'autres Membres de l'OMC ... est admissible". (*Ibid.*, paragraphe 7.152)

³⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.143.

³⁹¹ Nous rappelons que la plupart des produits du thon mexicains sont obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, alors que la plupart des produits similaires des États-Unis et des autres pays sont obtenus à partir de thon capturé dans d'autres pêcheries.

³⁹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 202. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.71.

obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins. Par conséquent, du fait que le Groupe spécial a limité sa comparaison au traitement accordé aux produits du thon qui sont "admissibles" au bénéfice du label *Dolphin Safe*, ses analyses des coûts et charges respectifs découlant des prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification étaient centrées sur un *sous-ensemble* des produits dont il a été constaté qu'ils étaient "similaires" dans le présent différend.

7.71. Pour examiner si l'approche du Groupe spécial est appropriée, nous rappelons que le champ des produits visés aux fins d'une comparaison de l'effet préjudiciable est fonction des produits dont un groupe spécial a constaté qu'ils étaient "similaires" aux fins de l'article 2.1.³⁹³ Une fois que les produits "similaires" ont été correctement identifiés, l'article 2.1 prescrit à un groupe spécial de comparer, d'une part, le traitement accordé en vertu de la mesure en cause au "groupe" des produits similaires importés du Membre plaignant et, d'autre part, le traitement accordé au "groupe" des produits nationaux similaires et/ou au "groupe" des produits similaires originaires de tous les autres pays.³⁹⁴ Cela ne veut pas dire qu'une constatation d'effet préjudiciable exige que *tous* les produits importés du Membre plaignant soient traités moins favorablement que ne le sont *tous* les produits nationaux similaires et/ou *tous* les produits similaires originaires des autres pays. Toutefois, à notre avis, un groupe spécial ne peut pas limiter de manière artificielle son analyse uniquement à des sous-ensembles des groupes pertinents de produits similaires d'une manière qui risque de fausser la comparaison correcte aux fins de la détermination de l'effet préjudiciable.

7.72. Nous notons également que, pour évaluer si la mesure initiale concernant le thon avait un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis, le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont comparé le traitement accordé au groupe des produits du thon mexicains avec celui qui était accordé aux groupes des produits similaires des États-Unis et des produits similaires des autres pays, afin d'évaluer les positions relatives de ces groupes de produits en ce qui concernait l'accès au label *Dolphin Safe*.³⁹⁵ Compte tenu des caractéristiques particulières de la mesure modifiée concernant le thon, et eu égard aux faits et circonstances du présent différend, nous considérons que, pour parvenir à ses conclusions concernant l'effet préjudiciable, le Groupe spécial était appelé à comparer le traitement que les conditions d'étiquetage prévues par la mesure modifiée concernant le thon accordaient au *groupe* des produits du thon mexicains, d'une part, avec le traitement accordé aux *groupes* des produits du thon similaires des États-Unis et des autres pays, d'autre part. En effet, une identification correcte des groupes de produits devant être comparés était pertinente pour toutes les étapes de l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 2.1, y compris l'évaluation du point de savoir si la mesure modifiée concernant le thon modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis et, dans l'affirmative, si cet effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.³⁹⁶

7.73. Cela ne veut pas dire que les conclusions du Groupe spécial concernant l'effet préjudiciable devaient reposer sur une constatation selon laquelle les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification imposaient des coûts et charges additionnels pour *chaque* produit du thon mexicain, ou pour le groupe *entier* des produits du thon mexicains, par rapport à *chaque* produit similaire, ou à l'*entière*té des groupes des produits similaires des États-Unis et des autres pays. En effet, il peut fort bien y avoir des cas dans lesquels un examen du traitement accordé à une partie d'un groupe pertinent de produits similaires suffira pour étayer une constatation selon laquelle ce groupe de produits subit un effet préjudiciable causé par le règlement technique en cause.³⁹⁷ Nous notons, toutefois, que, ailleurs dans son rapport, le Groupe

³⁹³ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 192.

³⁹⁴ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 193 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 268.

³⁹⁵ Voir le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.295; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 234 et 284.

³⁹⁶ À notre avis, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles une analyse de l'effet préjudiciable fondée sur une comparaison entre des groupes inappropriés de produits pourrait, par contrecoup, empêcher un groupe spécial d'effectuer correctement la deuxième étape de son analyse sur le point de savoir si une mesure accorde un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1.

³⁹⁷ Par exemple, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a conclu que le fait que "la plupart" des produits du thon mexicains n'étaient pas exclus de l'accès au label *Dolphin Safe* justifiait suffisamment une constatation selon laquelle la mesure initiale concernant le thon avait un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis. (Rapport de l'Organe d'appel

spécial a fait référence à la déclaration du Mexique selon laquelle "la plupart" des produits du thon mexicains étaient toujours exclus de l'accès au label *Dolphin Safe*³⁹⁸ étant donné que "presque toute la flottille mexicaine de thoniers équipés de sennes coulissantes continu[ait] de pêcher dans l'ETP par encerclement des dauphins".³⁹⁹ Ces déclarations donnent à penser que très peu de produits du thon mexicains, si tant est qu'il y en ait eu un, étaient "admissibles" au bénéfice du label *Dolphin Safe* et faisaient, par conséquent, l'objet de coûts et charges additionnels quelconques découlant des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification. Le Groupe spécial n'a pas expliqué pourquoi une analyse du traitement que la mesure modifiée concernant le thon accordait à cette catégorie de produits du thon avait une force explicative pour une constatation selon laquelle le *groupe* des produits du thon mexicains subissait un effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, et pouvait dûment étayer cette constatation.⁴⁰⁰

7.74. Par conséquent, nous avons du mal à identifier ce sur quoi le Groupe spécial s'est fondé pour juger approprié de limiter son analyse à un sous-ensemble des groupes de produits dont il avait été constaté qu'ils étaient "similaires" dans le présent différend. En se concentrant exclusivement sur les coûts et charges imposés par les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification aux produits du thon mexicains "admissibles" uniquement, le Groupe spécial a artificiellement faussé la comparaison correcte aux fins de la détermination de l'effet préjudiciable, au lieu de fonder son analyse sur une comparaison intégrale des groupes pertinents de produits similaires eu égard aux faits et circonstances particuliers du présent différend.

7.75. Eu égard à ce qui précède, nous concluons que le Groupe spécial a utilisé une approche analytique incorrecte pour évaluer si la mesure modifiée concernant le thon avait un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis. Premièrement, en procédant à une analyse segmentée de chacun des trois ensembles de prescriptions prévus par la mesure modifiée concernant le thon, le Groupe spécial n'a pas reconnu ni pris en compte les liens existant entre l'exclusion des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins, d'une part, et les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, d'autre part, et n'a pas effectué une évaluation globale de la façon dont ces diverses conditions d'étiquetage affectaient défavorablement les conditions de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis par rapport aux produits du thon similaires des États-Unis et d'autres pays. Parce qu'il a adopté cette approche segmentée, il n'a pas bien évalué dans quelle mesure l'effet préjudiciable dont l'existence avait été constatée dans la procédure initiale aurait pu être modifié par les changements introduits par la mesure modifiée concernant le thon. Deuxièmement, pour analyser l'effet préjudiciable des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, le Groupe spécial a fait une comparaison du traitement accordé à des sous-ensembles des groupes pertinents de produits similaires, au lieu de comparer le traitement accordé au *groupe* des produits du thon mexicains avec celui accordé aux *groupes* des produits similaires originaires des États-Unis ou d'ailleurs, sans identifier une base valable pour ce faire.

7.76. Pour les raisons exposées plus haut, nous constatons que le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon avait un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis au sens de

États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphes 234 et 235) Pour parvenir à cette conclusion, il n'a pas jugé nécessaire d'évaluer le traitement accordé par la mesure initiale à *chaque* produit du thon mexicain par rapport à *chaque* produit similaire originaire des États-Unis ou d'ailleurs.

³⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105 (faisant référence à la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 117).

³⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.444 (citant la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 227). Pour leur part, les États-Unis ne contestent pas la référence du Groupe spécial à l'argument du Mexique et soulignent que, ces dernières années, le Mexique n'a exporté aux États-Unis aucun produit du thon obtenu à partir de thon capturé autrement que par encerclement des dauphins. (Voir la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 176 et 329 (faisant référence à la réponse du Mexique à la question n° 57 du Groupe spécial, paragraphes 146 et 155).) Nous notons que le Groupe spécial initial a constaté que, en 2009, les produits du thon mexicains ne représentaient que 1% du marché des produits du thon importés des États-Unis, et un pourcentage encore plus faible du marché total des États-Unis. (Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.355.)

⁴⁰⁰ Nous rappelons que, suivant la mise en garde de l'Organe d'appel, un groupe spécial ne devrait pas "accorder un poids indu à l'effet d'un règlement technique dans tout scénario hypothétique". (rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.16 (italique omis))

l'article 2.1 de l'Accord OTC. Ayant constaté une erreur dans l'analyse du Groupe spécial, nous ne jugeons pas nécessaire de nous prononcer sur les allégations formulées par les États-Unis en appel, selon lesquelles: i) le Groupe spécial a indûment plaidé la cause du Mexique en fondant ses constatations d'effet préjudiciable pour ce qui est des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification sur les coûts et charges différents imposés par ces prescriptions aux fournisseurs de produits du thon opérant à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP⁴⁰¹; ii) le Groupe spécial a fait erreur en constatant une différence dans les coûts et charges découlant des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, et en n'expliquant pas comment cette différence modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains⁴⁰²; et iii) le Groupe spécial n'a pas dûment établi qu'il existait une véritable relation entre les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification et tout effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence du Mexique sur le marché des États-Unis.⁴⁰³

7.2.3 Traitement moins favorable – Découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime

7.77. Les États-Unis contestent l'énonciation par le Groupe spécial du critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC qui permet de déterminer si l'effet préjudiciable sur les produits importés découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. De plus, les États-Unis et le Mexique formulent chacun certaines allégations d'erreur dans le cadre de la deuxième étape de l'analyse du traitement moins favorable en ce qui concerne l'application du droit aux faits par le Groupe spécial dans son analyse des critères d'admissibilité, des prescriptions concernant la certification et des prescriptions concernant le repérage et la vérification énoncés dans la mesure modifiée concernant le thon. Avant de traiter les allégations des participants concernant l'application par le Groupe spécial de l'article 2.1, nous analysons la contestation des États-Unis concernant l'énonciation par le Groupe spécial du critère du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.2.3.1 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 2.1 et son énonciation du critère juridique permettant de déterminer si l'effet préjudiciable sur les produits importés découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime

7.78. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 2.1 de l'Accord OTC et a énoncé un critère juridique incorrect pour déterminer si l'effet préjudiciable sur les produits importés découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁴⁰⁴ En particulier, le Groupe spécial a indiqué à tort que la question qui se posait dans la deuxième partie de l'analyse du traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 était celle de "savoir si "le traitement préjudiciable ... s'expliqu[ait] par les objectifs recherchés par la mesure en cause, ou [était] au moins conciliable avec ces objectifs"". ⁴⁰⁵ Les États-Unis expliquent que "[l]a deuxième étape de l'analyse au titre de l'article 2.1 est non pas un critère du facteur unique fondé sur la question de savoir s'il existe un "lien rationnel" entre l'effet préjudiciable et les objectifs de la mesure, mais une analyse du point de savoir si les distinctions réglementaires qui expliquent l'effet préjudiciable "sont conçues et appliquées d'une manière impartiale"". ⁴⁰⁶ À l'appui de leur position, les États-Unis mettent aussi en avant l'explication de l'Organe d'appel selon laquelle "la question qui se pose pour déterminer si l'effet préjudiciable découle exclusivement de distinctions

⁴⁰¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 136 à 144 et 288 à 295.

⁴⁰² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 145 à 155 et 314 à 319.

⁴⁰³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 167 à 184 et 327 à 330.

⁴⁰⁴ Les États-Unis avancent cet argument pour contester trois aspects de l'analyse du Groupe spécial: i) la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions concernant la certification ne découlent pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime; ii) la constatation du Groupe spécial selon laquelle les dispositions relatives aux déterminations ne découlent pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime; et iii) la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions concernant le repérage et la vérification ne découlent pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Étant donné que les trois contestations reposent sur la même affirmation des États-Unis, nous les examinons ensemble. (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 25, 36, 192, 257, 264 et 334)

⁴⁰⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 192 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.196).

⁴⁰⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 36 (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.92; et faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271).

réglementaires légitimes" est celle de savoir si les distinctions réglementaires qui expliquent l'effet préjudiciable "sont conçues et appliquées d'une manière impartiale de sorte qu'elles puissent être considérées comme "légitimes" aux fins de l'article 2.1".⁴⁰⁷ Ils ajoutent que dans le contexte du présent différend, l'Organe d'appel a indiqué clairement que pour répondre à cette question, il faudrait procéder à une évaluation du point de savoir si la prescription "[était] impartiale dans la manière dont elle remédi[ait] aux risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan".⁴⁰⁸ Ils admettent que les objectifs de la mesure, et un examen du point de savoir si l'effet préjudiciable peut être concilié avec ces objectifs, ne sont pas nécessairement dénués de pertinence pour l'analyse. Selon eux, cependant, ces considérations sont pertinentes en l'espèce dans le cadre de l'analyse du point de savoir si la distinction réglementaire est "adaptée" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.⁴⁰⁹ L'examen de l'"impartialité" est l'examen approprié pour déterminer si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime et, selon les États-Unis, l'examen de l'"adaptation" n'est pas un critère distinct de celui de l'"impartialité". De fait, la procédure initiale montre que l'Organe d'appel a utilisé l'outil analytique de l'"adaptation" dans son *application* du critère de l'"impartialité". Les États-Unis ajoutent que l'analyse des prescriptions concernant la certification par le Groupe spécial donne cependant à penser que ce dernier a considéré à tort que le critère juridique au titre de l'article 2.1 prohibait l'évaluation de risques différents.

7.79. Le Mexique soutient que "la question de savoir si la distinction réglementaire qui explique l'effet préjudiciable est conçue et appliquée d'une manière impartiale" et "la question de savoir si l'effet préjudiciable causé par la distinction réglementaire peut être expliqué par les objectifs de la mesure en cause ou concilié avec ces objectifs" ne "s'excluent pas mutuellement".⁴¹⁰ En fait, la deuxième question est un facteur qui peut être pertinent pour permettre de répondre à la première. En particulier, le Mexique fait valoir que le critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC est axé sur la question de savoir si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, c'est-à-dire si la distinction réglementaire pertinente est "impartiale". Cela ne veut pas dire que tous les produits similaires doivent toujours être traités de manière identique, mais plutôt qu'il faut qu'il y ait un fondement rationnel, objectif et non discriminatoire permettant de faire une distinction entre des produits.⁴¹¹ Le Mexique ajoute qu'en conséquence, le critère permettant de déterminer si l'application d'une mesure entraîne une discrimination arbitraire ou injustifiable devrait être axé sur la cause de la discrimination ou sur la justification avancée pour en expliquer l'existence.⁴¹²

7.80. Selon le Mexique, la jurisprudence élaborée par l'Organe d'appel lors de l'interprétation de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article XX du GATT de 1994 n'inclut pas un critère de l'"adaptation".⁴¹³ En fait, souligne le Mexique, le terme "adaptation" a été introduit par les États-Unis dans la procédure initiale lorsqu'ils ont fait valoir que la mesure initiale concernant le thon était "adaptée[]" en fonction du risque que des dauphins soient tués ou gravement blessés quand le thon était capturé.⁴¹⁴ Le Mexique fait valoir en outre que la notion d'"adaptation" n'est pas équivalente aux notions d'"impartialité" ou d'"arbitraire ou injustifiable". En réponse à une question posée à l'audience, il a ajouté que, même si l'"adaptation" pouvait être un moyen d'évaluer si une distinction réglementaire impliquait une discrimination arbitraire ou injustifiable, cet examen n'était pas approprié en l'espèce, en particulier compte tenu du fait que la mesure modifiée concernant le thon n'incorporait ni ne reflétait aucun concept d'"adaptation". Il a ajouté qu'en tout état de cause, une évaluation du point de savoir si la mesure en cause était "adaptée" devait être faite à la lumière de la conception et des principes de base de la mesure, ainsi que des circonstances entourant la mesure.

⁴⁰⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 192 (citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.92).

⁴⁰⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 192 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 232).

⁴⁰⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 193 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297).

⁴¹⁰ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 125.

⁴¹¹ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 61.

⁴¹² Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 62 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 226).

⁴¹³ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 60.

⁴¹⁴ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 59 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 282).

7.81. Pour évaluer l'allégation formulée par les États-Unis en appel, nous identifions d'abord le critère énoncé par le Groupe spécial pour l'évaluation du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Nous analysons ensuite la question centrale soulevée dans l'allégation des États-Unis, à savoir si le critère énoncé par le Groupe spécial pour la deuxième étape de la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1 reflète le critère juridique approprié au titre de cette disposition et est compatible avec ce critère, tel qu'il a été identifié par l'Organe d'appel. L'analyse à laquelle nous procédons dans la présente sous-section se limite à évaluer l'interprétation et l'énonciation du critère juridique par le Groupe spécial. Nous traitons la question de savoir si le Groupe spécial a *appliqué* le critère juridique d'une manière incorrecte dans les sous-sections suivantes, qui traitent les différentes allégations d'erreur formulées tant par les États-Unis que par le Mexique à cet égard.

7.82. Pour identifier la deuxième étape de la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a rappelé que, conformément à la jurisprudence de l'Organe d'appel, les groupes spéciaux devaient examiner si l'effet préjudiciable sur les importations découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, au lieu de dénoter une discrimination à l'égard du groupe des produits importés.⁴¹⁵ Il a dit ce qui suit:

... l'Organe d'appel a expliqué qu'une analyse de la question de savoir si l'effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime (ou si un règlement technique qui causait un effet préjudiciable était impartial) devait tenir compte du point de savoir si le règlement technique en cause était "appliqué[] de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international".⁴¹⁶

7.83. Le Groupe spécial a souligné la similitude entre ce libellé et celui du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 et a posé la question de savoir si cela signifiait que les groupes spéciaux devraient s'appuyer sur la jurisprudence élaborée dans le cadre du texte introductif pour interpréter et appliquer l'article 2.1 de l'Accord OTC, notant que cette question était "vivement contestée par les parties".⁴¹⁷ Il a d'abord indiqué qu'il ne pouvait pas souscrire au point de vue des États-Unis selon lequel les dispositions énoncées à l'article 2.1 et dans le texte introductif de l'article XX "[étaient] complètement différentes".⁴¹⁸ Selon lui, l'Organe d'appel "a systématiquement donné pour instruction aux groupes spéciaux de vérifier s'il y avait "discrimination arbitraire ou injustifiable", ce qui était un élément indiquant qu'un règlement technique accordait un traitement moins favorable aux produits importés en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC".⁴¹⁹ Le Groupe spécial a considéré que, par conséquent, l'Organe d'appel "entendait manifestement que les groupes spéciaux appliquent la prescription relative au "traitement moins favorable" de l'article 2.1 de l'Accord OTC à la lumière de la jurisprudence élaborée dans le contexte du texte introductif de l'article XX".⁴²⁰ Il a également interprété la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* comme signifiant que, même si les critères au titre de l'article 2.1 et du texte introductif de l'article XX n'étaient pas identiques et ne devraient pas être confondus, il existait néanmoins entre eux des similitudes et des recoupements importants et que, par conséquent, la jurisprudence établie par l'Organe d'appel dans le contexte d'une disposition pouvait être utilisée pour interpréter des concepts similaires figurant dans l'autre.⁴²¹

⁴¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.73 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 215).

⁴¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.79 (citant le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC et faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 94).

⁴¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.80.

⁴¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.83 et 7.87 (citant la deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 84).

⁴¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.87 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 173; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 268).

⁴²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.87.

⁴²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.90. Le Groupe spécial a considéré en outre que l'approche de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* "ressembl[ait] beaucoup au type d'analyse effectuée au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, et confirm[ait] qu'il y [avait] d'importantes similitudes entre l'analyse au titre de l'article XX et l'analyse au titre de l'article 2.1 de

7.84. Le Groupe spécial a énoncé ensuite deux autres points d'interprétation. Premièrement, il a dit que, pour examiner si l'effet préjudiciable causé par un règlement technique dénotait une "discrimination arbitraire", il pouvait examiner, entre autres choses, si le traitement préjudiciable pouvait être concilié avec la politique générale poursuivie par la mesure en cause ou s'il était rationnellement lié à cette politique. Ce faisant, il a adopté un critère de la "discrimination arbitraire ou injustifiable" qui avait été utilisé précédemment par l'Organe d'appel – par exemple dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* – pour évaluer la conformité d'une mesure avec les prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Selon le Groupe spécial, même si l'analyse au titre de l'article 2.1 pouvait impliquer l'examen d'autres éléments que la simple existence ou non d'une "discrimination arbitraire", l'utilisation de cette analyse pour déterminer si un règlement technique impliquait une discrimination arbitraire "[pouvait] aider le Groupe spécial à déterminer si l'effet préjudiciable visé par la plainte ... découl[ait] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁴²² Deuxièmement, le Groupe spécial a indiqué qu'il croyait comprendre que le concept d'"impartialité" n'était pas un critère distinct prescrit par l'article 2.1 mais plutôt "un outil d'analyse, une sorte de mesure ou critère rhétorique qui [faisait] intervenir un concept souple et généralement équitable comme indicateur ou repère pour aider un groupe spécial à déterminer si le traitement préjudiciable identifié découl[ait] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁴²³ Selon le Groupe spécial, déterminer si une mesure [était] impartiale pouvait aider à déterminer si le traitement préjudiciable indiqué pouvait entièrement s'expliquer comme étant une conséquence d'une distinction réglementaire légitime – auquel cas, il pourrait être considéré comme découlant *exclusivement* de cette distinction – ou si le traitement préjudiciable, même s'il était peut-être lié à une distinction réglementaire légitime ou généralement fondé sur une telle distinction, n'était pas entièrement ou précisément pris en compte par la distinction réglementaire que le Membre défendeur cherchait à établir – auquel cas, il ne pourrait *pas* être conclu que le traitement préjudiciable découlait *exclusivement* de la distinction recherchée.⁴²⁴ Le Groupe spécial a dit aussi qu'il considérerait que la notion d'impartialité appelait l'attention d'un groupe spécial sur l'"adéquation" ou l'"équité" d'un règlement technique et était plus large que le concept de "discrimination arbitraire".⁴²⁵

7.85. En résumé, le Groupe spécial a dit que, pour déterminer si l'effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, il pouvait examiner si le traitement préjudiciable pouvait être concilié avec les objectifs recherchés par la mesure en cause ou était rationnellement lié à ces objectifs.⁴²⁶ Toutefois, le Groupe spécial n'a *pas* indiqué, comme les États-Unis le donnent à entendre, que cela constituait un "critère du facteur unique" qui devrait toujours et exclusivement être utilisé pour évaluer si l'effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁴²⁷ Au contraire, il a dit explicitement que cette analyse "[pouvait] aider" à déterminer si la distinction pertinente impliquait une "discrimination arbitraire".⁴²⁸ Il a encore restreint le rôle de cet examen en soulignant qu'examiner si une mesure impliquait une "discrimination arbitraire" était *un moyen* de montrer qu'une mesure n'était pas impartiale, mais que déterminer si l'effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime "[pouvait] impliquer l'examen d'autres éléments que la simple existence (ou non) d'une "discrimination arbitraire"". ⁴²⁹

7.86. Ayant décrit les constatations pertinentes du Groupe spécial, nous examinons si, comme l'allèguent les États-Unis, elles équivalent à une énonciation erronée de la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1 de l'Accord OTC. À notre avis, en contestant la constatation du Groupe spécial selon laquelle le critère pertinent dans le cadre de la deuxième étape d'une analyse du "traitement moins favorable" peut impliquer d'évaluer si le traitement préjudiciable peut être concilié avec les objectifs recherchés par la mesure ou est rationnellement lié à ces objectifs, les États-Unis contestent aussi la déclaration du Groupe spécial selon laquelle l'Organe d'appel "entendait manifestement" que les groupes spéciaux appliquent la prescription

l'Accord OTC". (*Ibid.*, paragraphe 7.92 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 225))

⁴²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91.

⁴²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.93.

⁴²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.94.

⁴²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.95 et 7.96.

⁴²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91.

⁴²⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 36.

⁴²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91.

⁴²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91. Voir aussi le paragraphe 7.96.

relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1 à la lumière de la jurisprudence élaborée dans le contexte du texte introductif de l'article XX.⁴³⁰

7.87. Nous commençons par noter que, après avoir posé la question de savoir comment les groupes spéciaux devraient procéder à la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC⁴³¹, le Groupe spécial est passé, dans le paragraphe suivant de son rapport, à la question de savoir s'il pouvait s'appuyer sur la jurisprudence relative au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.⁴³² En revanche, lorsqu'il a cherché à déterminer quelle était l'analyse requise au titre de l'article 2.1, l'Organe d'appel a d'abord examiné le contexte plus immédiat de cette disposition.⁴³³ Ainsi qu'il est indiqué plus haut, il a souligné que le contexte spécifique fourni par d'autres dispositions de l'Accord OTC – notamment l'Annexe 1.1, l'article 2.2 et les deuxième, cinquième et sixième considérants du préambule – était instructif pour comprendre l'expression "traitement non moins favorable" figurant à l'article 2.1. Ce contexte spécifique "étaye une lecture selon laquelle l'article 2.1 n'a pas pour effet de prohiber *a priori* toute restriction du commerce international".⁴³⁴ En particulier, le sixième considérant donne des éclaircissements sur le sens et la portée de la prescription relative au "traitement non moins favorable" qui figure à l'article 2.1, en indiquant clairement que les règlements techniques peuvent chercher à atteindre des objectifs légitimes mais ne doivent pas être appliqués de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable.⁴³⁵

7.88. Dans le même temps, étant donné que le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC constitue le contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 2.1 et que le libellé de ce considérant a des points communs importants avec le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, la jurisprudence relative au texte introductif de l'article XX n'est pas dénuée de pertinence pour la compréhension de la teneur de la deuxième étape de la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1 de l'Accord OTC. En effet, les décisions antérieures de l'Organe d'appel concernant une disposition d'un accord visé peuvent donner des éclaircissements sur l'interprétation correcte du champ et du sens d'une disposition différente d'un autre accord lorsque le même libellé ou un libellé semblable est utilisé dans les deux dispositions⁴³⁶, toujours à la condition qu'il soit dûment tenu compte du contexte plus immédiat et de la fonction de chaque disposition.

7.89. Nous rappelons que, dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a indiqué qu'"il exist[ait] des parallèles importants entre les analyses au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et au titre du texte introductif de l'article XX".⁴³⁷ Un des principaux est le fait que les concepts de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent" et de "restriction déguisée au commerce international" figurent tous les deux dans le texte introductif de l'article XX et dans le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC. Pourtant, "il existe des différences notables entre les analyses au titre de l'article 2.1 de

⁴³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.87.

⁴³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.79.

⁴³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.80.

⁴³³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 173; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 213; *États-Unis – EPO*, paragraphe 268; *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.124.

⁴³⁴ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 268. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 172; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 212.

⁴³⁵ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 173; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 213. Le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC reconnaît qu'un Membre de l'OMC peut prendre les mesures nécessaires, entre autres choses, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures "ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent" soit une "restriction déguisée au commerce international" et qu'elles soient "par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord".

⁴³⁶ Par exemple, l'Organe d'appel a souligné que, eu égard aux similitudes entre le libellé de l'article XIV de l'AGCS et celui de l'article XX du GATT de 1994, les décisions antérieures au titre de chacune de ces dispositions pouvaient être pertinentes pour l'interprétation du champ et du sens de l'autre. (Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 291; *Chine – Publications et produits audiovisuels*, note de bas de page 452 relative au paragraphe 239)

⁴³⁷ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310.

l'Accord OTC et au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994⁴³⁸, et les critères juridiques applicables au titre des deux dispositions sont différents.⁴³⁹ L'article 2.1 impose des obligations positives aux Membres en ce qui concerne leurs règlements techniques. En revanche, l'article XX établit des exceptions aux obligations énoncées dans le GATT de 1994, et la fonction de son texte introductif "est de maintenir l'équilibre entre le droit qu'a un Membre d'invoquer les exceptions énoncées aux alinéas de l'article XX et les droits fondamentaux des autres Membres découlant des diverses autres dispositions du GATT de 1994".⁴⁴⁰

7.90. Nous pouvons voir que le Groupe spécial a reconnu à la fois ces similitudes et ces différences. Il a noté par exemple la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle il existait des "parallèles importants" entre le texte introductif de l'article XX et la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1. En outre, le Groupe spécial a reconnu explicitement que "les critères du texte introductif de l'article XX et de l'article 2.1 de l'Accord OTC se recoup[aient], mais [n'étaient] pas identiques".⁴⁴¹ De l'avis du Groupe spécial, "[a]lors que l'article 2.1 porte sur le point de savoir si le traitement préjudiciable découle d'une distinction réglementaire légitime, et que l'existence d'une "discrimination arbitraire ou injustifiable" est un moyen de démontrer l'existence d'une incompatibilité avec cet aspect de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le texte introductif de l'article XX est axé uniquement sur le point de savoir si une mesure est appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable (ou une restriction déguisée au commerce international)".⁴⁴²

7.91. Ces considérations nous donnent à penser que, bien qu'il soit passé rapidement à l'examen du texte introductif de l'article XX et d'une certaine jurisprudence relative à cette disposition pour chercher des indications quant au critère juridique approprié pour la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial n'a pas eu tort de chercher de telles indications. Des décisions antérieures au titre de l'article XX du GATT de 1994, concernant particulièrement la notion de "discrimination arbitraire ou injustifiable", peuvent éclairer utilement la façon dont le même concept devrait être interprété dans le contexte de la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.92. S'agissant de l'éclairage spécifique que le Groupe spécial a tiré de la jurisprudence relative au texte introductif de l'article XX, nous rappelons que, dans le contexte de son analyse de l'article XX, l'Organe d'appel a dit dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* que "[l]'un des facteurs les plus importants pour l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable [était] la question de savoir si la discrimination [pouvait] être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure [avait] été provisoirement justifiée au titre de l'un des alinéas de l'article XX, ou si elle [était] rationnellement liée à cet objectif".⁴⁴³ C'était le critère adopté par le Groupe spécial aux fins de la deuxième étape de son analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, que les États-Unis contestent maintenant. Dans le contexte du texte introductif de l'article XX, l'Organe d'appel a expliqué que la raison pour laquelle il faudrait évaluer si la discrimination était arbitraire ou injustifiable à la lumière de l'objectif de la mesure était qu'il était difficile de comprendre "comment une discrimination pourrait être considérée comme étant conforme au texte introductif de l'article XX lorsque la raison d'être alléguée de la discrimination [était] sans rapport avec la poursuite de l'objectif dont il [avait] été provisoirement constaté qu'il justifiait une mesure au regard d'un

⁴³⁸ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.311.

⁴³⁹ L'Organe d'appel a expliqué ce qui suit:

Au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, un groupe spécial doit examiner si l'effet préjudiciable qu'une mesure a sur les produits importés découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'elle ne reflète l'existence d'une *discrimination* à l'égard du groupe des produits importés. Par contre, au titre du texte introductif de l'article XX, la question est de savoir si une mesure est appliquée de façon à constituer un moyen de *discrimination arbitraire ou injustifiable* entre les pays où les mêmes conditions existent.

(Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.311 (italique dans l'original))

⁴⁴⁰ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.312 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 156).

⁴⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.89.

⁴⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.89 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.311). (italique dans l'original)

⁴⁴³ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 165; et *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 227, 228 et 232).

alinéa de l'article XX, ou irait à l'encontre de cet objectif".⁴⁴⁴ À notre avis, les mêmes considérations sont valables dans le contexte de la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Eu égard aux raisons exposées plus haut et, en particulier, à la référence dans le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC à une "discrimination arbitraire et injustifiable", il ne nous apparaît pas que l'adoption de ce critère par le Groupe spécial dans le cadre de son analyse du "traitement non moins favorable" pose, en elle-même, un problème.

7.93. Bien entendu, dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a noté aussi qu'en fonction de la nature de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire considérée, il pourrait y avoir des facteurs additionnels – outre la question de savoir si la discrimination pouvait être conciliée avec l'objectif de politique générale – qui seraient également pertinents pour l'analyse du point de savoir si la discrimination était arbitraire ou injustifiable.⁴⁴⁵ De la même façon, le Groupe spécial a dit expressément que, pour examiner si l'effet préjudiciable causé par un règlement technique dénotait une discrimination arbitraire, il pouvait "examiner, *entre autres choses*, si [le traitement] préjudiciable [pouvait] être concilié avec la politique générale poursuivie par la mesure en cause ou [s'il était] rationnellement lié[] à cette politique".⁴⁴⁶ Par conséquent, il a reconnu à juste titre et explicitement que le simple fait d'examiner si l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon pouvait être concilié avec les objectifs de cette mesure pourrait ne pas être suffisant à lui seul pour déterminer si la mesure modifiée concernant le thon établissait une discrimination à l'égard des produits du thon mexicains d'une manière arbitraire ou injustifiable. Autrement dit, et comme cela a déjà été expliqué, le Groupe spécial n'a pas qualifié ce critère juridique de "critère du facteur unique"⁴⁴⁷ ou de moyen exclusif d'évaluer si la discrimination est arbitraire ou injustifiable.

7.94. À cet égard, nous rappelons en outre que l'un des moyens de déterminer si l'effet préjudiciable causé par un règlement technique est impartial et, par conséquent, découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime est d'examiner si la distinction réglementaire est conçue ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable.⁴⁴⁸ Par conséquent, ainsi qu'il est indiqué plus haut, une mesure impliquant une discrimination arbitraire ou injustifiable ne serait pas conçue ou appliquée d'une manière impartiale. En même temps, un examen de la question de savoir si une mesure est conçue ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable n'est pas le seul moyen d'évaluer si une mesure manque d'impartialité. De la même façon, le Groupe spécial a reconnu explicitement qu'un examen de la discrimination arbitraire ou injustifiable n'était pas le seul moyen de déterminer si une mesure manquait d'impartialité.⁴⁴⁹

7.95. Comme le montrent les considérations qui précèdent, un groupe spécial ne fait pas erreur en évaluant si l'effet préjudiciable peut être concilié avec la politique générale poursuivie par la mesure en cause ou est rationnellement lié à cette politique du moment que, ce faisant, il n'exclut pas l'examen d'autres facteurs qui peuvent aussi être pertinents pour l'analyse. En l'espèce, nous n'estimons pas que l'énonciation du critère juridique par le Groupe spécial ait exclu cet examen.

7.96. De plus, ainsi qu'il a été indiqué plus haut, pour déterminer si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, un groupe spécial doit analyser minutieusement si le règlement technique en cause est impartial dans sa "conception, [ses] principes de base, [sa] structure révélatrice, [son] fonctionnement et [son] application" à la lumière des "circonstances propres à l'affaire".⁴⁵⁰ Nous notons que le Groupe spécial a indiqué à juste titre que le concept d'"impartialité" n'était pas un critère distinct dans l'évaluation de la deuxième étape de la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1; en fait, l'"impartialité" est le concept central quand il s'agit de déterminer si le traitement préjudiciable identifié découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁴⁵¹

⁴⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 227. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306.

⁴⁴⁵ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.321.

⁴⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91. (italique ajouté)

⁴⁴⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 36, 54, 416 et 432.

⁴⁴⁸ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

⁴⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.91 et 7.96.

⁴⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182.

⁴⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.93 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 215).

Dans une situation où l'effet préjudiciable causé par un règlement technique découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, il faut conclure que ce règlement technique n'accorde pas un traitement moins favorable aux produits importés et est par conséquent compatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.97. S'agissant de la relation entre les notions d'"impartialité" et de "discrimination arbitraire ou injustifiable", le Groupe spécial a dit que, alors que l'"impartialité" pouvait recouper le concept de "discrimination arbitraire", les deux expressions étaient "conceptuellement distincte[s]". Selon le Groupe spécial, bien que la démonstration de l'existence d'une discrimination arbitraire soit un moyen de montrer qu'une mesure n'est pas impartiale, le concept d'"impartialité" et l'éventail des faits et circonstances qui pourrait amener un groupe spécial à constater qu'une mesure n'est pas impartiale sont plus larges que ceux qui pourraient donner lieu à une constatation de discrimination arbitraire.⁴⁵² À cet égard, on ne peut pas dire d'une distinction réglementaire qu'elle est conçue et appliquée d'une manière impartiale si "elle est conçue ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable".⁴⁵³ Bien qu'un examen du point de savoir si un règlement technique constitue un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable et, par conséquent, n'est pas impartial doive être effectué à la lumière des "circonstances propres à l'affaire"⁴⁵⁴, il est probable que cette évaluation comportera un examen du lien entre les distinctions réglementaires constatées dans la mesure et les objectifs de politique générale de cette mesure, y compris sous la forme d'un examen du point de savoir si les prescriptions imposées par la mesure sont disproportionnées eu égard aux objectifs recherchés.⁴⁵⁵

7.98. À ce stade, nous estimons important de rappeler que dans la procédure initiale, les États-Unis ont cherché à expliquer que leur mesure était impartiale et que l'effet préjudiciable découlait bel et bien exclusivement d'une distinction réglementaire légitime en introduisant la notion d'"adaptation". En particulier, ils ont soutenu que leur mesure était impartiale parce que les distinctions qu'elle établissait entre différentes méthodes de pêche au thon et différentes zones océaniques pouvaient être expliquées ou justifiées par des différences entre les risques associés à ces méthodes de pêche et à ces zones océaniques. Cela a amené l'Organe d'appel, dans la procédure initiale, à examiner la légitimité des distinctions réglementaires établies par la mesure initiale sous l'angle du concept de l'"adaptation" utilisé par les États-Unis. Nous soulignons que l'utilisation par l'Organe d'appel des termes "impartiale" et "adaptée" ne constituait pas des critères juridiques différents, puisque l'examen tout entier de l'Organe d'appel portait sur le point de savoir si les États-Unis avaient dûment étayé leur argument selon lequel la mesure initiale concernant le thon était impartiale, et, par conséquent, pas incompatible avec l'article 2.1, du fait qu'elle était "adaptée" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.

7.99. Sur la base de l'exposé qui précède, nous constatons que les États-Unis n'ont pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur en reconnaissant la pertinence du concept de "discrimination arbitraire ou injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, ou en indiquant qu'un examen du point de savoir si le traitement préjudiciable pouvait être concilié avec les objectifs de la mesure ou était rationnellement lié à ces objectifs pouvait "aider" aux fins de la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.100. Dans le même temps, nous souhaitons aussi exprimer des doutes au sujet de certains aspects de l'énonciation par le Groupe spécial du critère juridique concernant la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Ainsi qu'il a été noté, nous trouvons quelque peu curieux qu'après avoir identifié la question d'interprétation pertinente au titre de l'article 2.1, le Groupe spécial ait commencé par déterminer s'il pouvait s'appuyer sur la jurisprudence élaborée dans le cadre de l'article XX du GATT de 1994, au lieu d'évaluer la jurisprudence relative à l'article 2.1 lui-même, y compris la pertinence du sixième considérant du

⁴⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.96.

⁴⁵³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

⁴⁵⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182.

⁴⁵⁵ Par exemple, nous rappelons que dans l'affaire *États-Unis – EPO*, l'Organe d'appel a constaté que les prescriptions en matière de renseignements imposées aux producteurs en amont en vertu de la mesure EPO étaient "disproportionnées" par rapport au niveau des renseignements communiqués aux consommateurs au moyen des étiquettes de vente au détail obligatoires. (Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 347)

préambule de l'Accord OTC et le rôle du critère de l'"impartialité".⁴⁵⁶ En effet, l'examen par le Groupe spécial du critère de l'impartialité est bref et situé tout à la fin de la sous-section exposant son interprétation du critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁴⁵⁷ De plus, quoiqu'elles soient brèves, nombre des assertions du Groupe spécial concernant son interprétation de l'"impartialité" ont un caractère très général.⁴⁵⁸

7.101. Il est surprenant également que, dans cette partie de son raisonnement, le Groupe spécial n'ait guère fait référence au rapport initial de l'Organe d'appel sur le présent différend⁴⁵⁹ et n'ait pas reconnu ni examiné le concept de l'"adaptation" avancé par les États-Unis et utilisé par l'Organe d'appel comme moyen de vérifier l'impartialité de la mesure initiale concernant le thon.⁴⁶⁰ Pour tenir compte des arguments des États-Unis, l'Organe d'appel a utilisé le concept de l'"adaptation" dans la procédure initiale afin d'évaluer la conformité avec l'article 2.1. Dans la présente procédure de mise en conformité, les États-Unis ont défendu leur régime d'étiquetage *Dolphin Safe* contre l'allégation formulée par le Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC en des termes semblables à ceux qu'ils avaient utilisés dans la procédure initiale. Eu égard à ces considérations, comme cela est expliqué plus loin de manière plus détaillée, il est particulièrement pertinent dans la présente procédure au titre de l'article 21:5 de procéder à une évaluation du point de savoir si, dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, les différences dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé dans d'autres pêcheries, d'autre part, sont "adaptées" aux différences dans la probabilité que des dauphins subissent des effets nuisibles au cours des opérations de pêche au thon des différents navires utilisant différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.

7.102. Ayant examiné la contestation des États-Unis concernant l'*énonciation* par le Groupe spécial du critère juridique pour la deuxième étape d'une analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous examinons ci-après si le Groupe spécial a fait erreur dans son *application* de cette disposition. En particulier, nous examinons si, ayant reconnu à bon droit que la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" n'était pas axée *uniquement* sur la "discrimination arbitraire ou injustifiable" et que l'"impartialité" pouvait appeler un examen d'autres éléments, le Groupe spécial a tenu compte de tous les éléments pertinents dans les circonstances propres à la présente affaire pour évaluer si l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.2.3.2 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation du point de savoir si l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime

7.2.3.2.1 Observations préliminaires

7.103. Nous commençons par formuler quelques observations préliminaires concernant l'approche analytique adoptée par le Groupe spécial dans son évaluation du point de savoir si l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Nos observations concernent plusieurs des questions que nous avons déjà analysées dans le présent rapport. Nous examinons

⁴⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.79 et 7.80.

⁴⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, section 7.5.1.

⁴⁵⁸ Par exemple, le Groupe spécial a dit que le terme "'impartialité" attir[ait] [son] attention sur ce qu'il [était] peut-être préférable d'appeler l'"équité" d'un règlement technique. ... Il est notoire que des mots comme "fair" (équitable) et "just" (juste) sont difficiles à définir hors contexte; en conséquence, les critères ou indicateurs spécifiques au moyen desquels l'équité d'un règlement technique devrait être évaluée ne peuvent pas être énumérés de manière exhaustive dans l'abstrait". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.96)

⁴⁵⁹ Nous notons, en particulier, que dans la section consacrée au critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial n'a fait que quelques références au rapport de l'Organe d'appel dans la procédure initiale dans les notes de bas de page relatives aux paragraphes 7.73 à 7.79 de son rapport.

⁴⁶⁰ Le Groupe spécial a néanmoins bel et bien été d'avis que, "même si une mesure était fondée sur une distinction réglementaire légitime, elle ne découlerait toutefois pas *exclusivement* [de cette] distinction réglementaire légitime si l'effet préjudiciable était disproportionné". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.95 (italique dans l'original))

spécifiquement: l'approche analytique segmentée du Groupe spécial; le critère qu'il a employé pour évaluer l'"impartialité"; et la mesure dans laquelle, dans l'approche analytique qu'il a adoptée, il s'est appuyé sur les constatations formulées dans la procédure initiale et a pris "dûment connaissance" de ces constatations, qui avaient été adoptées par l'ORD et étaient devenues partie intégrante de ces recommandations et décisions.

7.104. Ainsi qu'il a déjà été expliqué, le Groupe spécial a adopté une approche segmentée et a évalué la mesure modifiée concernant le thon "distinction par distinction".⁴⁶¹ Conformément à cette approche, le Groupe spécial a examiné séparément la compatibilité des trois ensembles de conditions d'étiquetage suivants avec l'article 2.1 de l'Accord OTC: i) les critères d'admissibilité; ii) les prescriptions concernant la certification; et iii) les prescriptions concernant le repérage et la vérification. S'agissant des critères d'admissibilité, le Groupe spécial n'a pas lui-même effectué l'analyse en deux étapes requise pour l'évaluation du traitement moins favorable au titre de l'article 2.1. Au lieu de cela, il s'est appuyé sur les constatations formulées par l'Organe d'appel dans la procédure initiale, qu'il a interprétées comme ayant "réglé" un point, à savoir que l'exclusion de l'accès au label *Dolphin Safe* de tous les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins, alors que les produits obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche étaient admissibles au bénéfice de cet accès, était "impartial[e] et, par conséquent, n'[était] pas incompatible[] avec l'article 2.1".⁴⁶² Cela signifiait, selon le Groupe spécial, qu'il devait examiner "uniquement le système réglementaire qui s'appliqu[ait] actuellement à ces autres méthodes de pêche, qui [étaient] admises pour la capture du thon *Dolphin Safe*".⁴⁶³ Le Groupe spécial a effectué ensuite, pour chacun des ensembles de prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, sa propre analyse du traitement moins favorable. Lors de la deuxième étape de ces analyses, il a constaté que les prescriptions concernant la certification⁴⁶⁴ ainsi que le repérage et la vérification⁴⁶⁵ n'étaient pas impartiales et ne pouvaient donc pas être considérées comme découlant exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. En conséquence, il a constaté que chacun de ces deux ensembles de prescriptions était incompatible avec l'article 2.1.⁴⁶⁶

7.105. Nous avons déjà exposé notre point de vue selon lequel, comme la mesure initiale concernant le thon, la mesure modifiée concernant le thon avait établi un régime d'étiquetage constitué de divers éléments qui fonctionnent conjointement en vue de la réalisation des objectifs recherchés par la mesure. Nous avons noté aussi que, lorsqu'il a exposé sa compétence au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial lui-même avait mis en évidence les liens existant entre les éléments de la mesure modifiée concernant le thon et avait dit qu'il indiquerait et analyserait ces liens dans les cas où cela serait pertinent. Nous examinerons ci-après si l'analyse segmentée du Groupe spécial concernant l'impartialité de chaque ensemble, critères d'admissibilité, prescriptions concernant la certification et prescriptions concernant le repérage et la vérification, rend compte et tient compte de la façon dont les divers éléments de la mesure modifiée concernant le thon sont corrélés.

7.106. Nous rappelons aussi que, dans la précédente sous-section du présent rapport, nous avons constaté que les États-Unis n'avaient pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur en reconnaissant la pertinence du concept de "discrimination arbitraire ou injustifiable" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, ou en indiquant qu'un examen du point de savoir si le traitement préjudiciable pouvait être concilié avec les objectifs de la mesure ou était

⁴⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.108.

⁴⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126. Voir aussi les paragraphes 7.127 et 8.2.a.

⁴⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.128. (italique dans l'original) Le Groupe spécial a examiné également si le Mexique avait présenté de nouveaux éléments de preuve dans la présente procédure au titre de l'article 21:5 qui remettraient en question la constatation formulée dans la procédure initiale qui, selon lui, avait servi de fondement à la détermination de l'Organe d'appel selon laquelle l'article 2.1 de l'Accord OTC permettait aux États-Unis d'exclure à jamais de l'étiquetage *Dolphin Safe* le thon capturé par encerclement des dauphins; c'est-à-dire selon laquelle aucune méthode de pêche autre que l'encerclement des dauphins n'avait sur ces derniers des effets aussi régulièrement dommageables que ceux qui étaient causés par l'encerclement des dauphins. (*Ibid.*, paragraphe 7.130 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289)) Le Groupe spécial a constaté que le Mexique n'avait pas "fourni d'éléments de preuve suffisants pour démontrer que l'encerclement des dauphins ne caus[ait] pas de dommages observés et non observés aux dauphins, ou que d'autres méthodes de pêche au thon caus[aient] régulièrement des dommages semblables". (*Ibid.*, paragraphe 7.135)

⁴⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.233 et 7.246.

⁴⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.400 et 7.402.

⁴⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.b et 8.2.c.

rationnellement lié à ces objectifs pouvait "aider" aux fins de la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Le Groupe spécial n'a pas eu recours à cet examen s'agissant des critères d'admissibilité; il s'est en revanche appuyé principalement sur son interprétation de l'analyse de l'impartialité de la mesure initiale concernant le thon effectuée par l'Organe d'appel. Cependant, il a bien eu recours à cet examen pour analyser l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification. Au début de son examen des prescriptions concernant la certification, il a réaffirmé explicitement son point de vue selon lequel, "pour déterminer si un traitement préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, un groupe spécial peut tenir compte de la mesure dans laquelle le traitement préjudiciable identifié s'explique par les objectifs recherchés par la mesure en cause, ou est au moins conciliable avec ces objectifs".⁴⁶⁷ Il a été finalement convaincu par le Mexique que les prescriptions différentes concernant la certification n'étaient pas impartiales parce que "les capitaines [pouvaient] ne pas nécessairement et toujours disposer des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'[avait] été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins, et que cela [pouvait] aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui [était] contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon".⁴⁶⁸ Lorsqu'il a analysé les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, il a été convaincu qu'il n'y avait pas de lien rationnel ou évident entre l'imposition par la mesure modifiée concernant le thon d'une charge moins lourde pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon⁴⁶⁹, et il a constaté qu'aucune des explications avancées par les États-Unis ne suggérait le contraire.⁴⁷⁰ Cette analyse fournissait le fondement de sa constatation selon laquelle le "système [de repérage et de vérification] actuellement en place en vertu de la mesure modifiée concernant le thon n'[était] pas impartial et ne découl[ait] donc pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁴⁷¹

7.107. Dans ces deux analyses, le Groupe spécial a fait référence, de manière générale, aux "objectifs" de la mesure modifiée concernant le thon. Ailleurs dans son rapport⁴⁷², il a identifié ces objectifs comme étant doubles – faire en sorte que les consommateurs des États-Unis ne soient pas trompés quant au statut *Dolphin Safe* de leurs produits du thon et contribuer à la protection des dauphins. Nous notons néanmoins que, dans le cadre de l'examen de la question de savoir si "un cas particulier de traitement préjudiciable peut être concilié avec les objectifs [recherchés par la mesure] ou expliqué par ces objectifs"⁴⁷³, le raisonnement fait par le Groupe spécial pour ce qui est de chacun des ensembles de prescriptions concernant la certification et de prescriptions concernant le repérage et la vérification s'appuie surtout sur le premier de ces objectifs. En outre, nous avons déjà expliqué que le Groupe spécial avait indiqué que ce critère était "un élément pertinent à prendre en considération"⁴⁷⁴ qui pouvait "aider"⁴⁷⁵ à déterminer si les distinctions

⁴⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.196.

⁴⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233. Mettant en avant le but de la mesure modifiée concernant le thon consistant à "faire en sorte que les consommateurs ne soient pas trompés ou induits en erreur quant à la question de savoir si les produits du thon con[tenaient] du thon capturé d'une manière qui [avait] des effets nuisibles sur les dauphins", le Mexique a fait valoir que, du fait que la certification du statut *Dolphin Safe* du thon par le capitaine était moins fiable que la certification par l'observateur, le système d'autocertification par le capitaine qui était prévu par la mesure modifiée pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP "n'[avait] aucun lien rationnel avec" l'objectif de cette mesure, et était "totalement incompatible" et "inconciliable" avec cet objectif. (*Ibid.*, paragraphe 7.181 (citant la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 3, 194 et 195))

⁴⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.392. Le Groupe spécial n'a pas, dans cette partie de son analyse, indiqué spécifiquement à quel(s) objectif(s) de la mesure modifiée concernant le thon il faisait référence. Néanmoins, la mention par le Groupe spécial, dans le paragraphe précédent (paragraphe 7.391), des préoccupations du Mexique au sujet de la probabilité plus grande que le thon capturé dans toutes les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP puisse être étiqueté *Dolphin Safe* de façon incorrecte semble suggérer qu'il faisait référence à l'objectif consistant à "faire en sorte que les consommateurs ne soient pas trompés ou induits en erreur quant à la question de savoir si les produits du thon con[tenaient] du thon capturé d'une manière qui [avait] des effets nuisibles sur les dauphins". (*Ibid.*, paragraphe 7.181 (citant la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 3))

⁴⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.400.

⁴⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.401.

⁴⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.134 et 7.523. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 242, 302 et 325.

⁴⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.390.

⁴⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.390.

établies impliquaient une discrimination arbitraire, tout en reconnaissant également qu'un examen de la question de savoir si une distinction constituait une discrimination arbitraire ou injustifiable n'était pas le seul moyen de déterminer si une mesure manquait d'impartialité, de sorte que le traitement préjudiciable ne pouvait pas être considéré comme découlant exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁴⁷⁶ Pourtant, nous n'estimons pas que, dans son analyse des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, le Groupe spécial ait tenu compte d'autres considérations, ait employé des critères additionnels ou ait analysé d'autres dimensions (par exemple la protection des dauphins contre les dommages observés et non observés) de l'"impartialité" avant de formuler ses conclusions au sujet des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification.

7.108. À cet égard, comme cela a déjà été expliqué, dans la procédure initiale, les États-Unis ont défendu la mesure initiale concernant le thon en faisant valoir qu'elle était "adaptée", c'est-à-dire que les distinctions établies entre différentes méthodes de pêche au thon et différentes zones océaniques pouvaient être expliquées ou justifiées par les différences entre les risques associés à ces méthodes de pêche et à ces zones océaniques.⁴⁷⁷ Cela a amené l'Organe d'appel à examiner la question de savoir si l'effet préjudiciable de la mesure initiale sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime en vérifiant l'"impartialité" de la mesure initiale concernant le thon au moyen du concept de l'"adaptation". Finalement, l'Organe d'appel a comparé, d'une part, l'existence de risques pour les dauphins associés à la méthode de pêche par encerclement des dauphins à l'intérieur de l'ETP, auxquels remédiaient pleinement les conditions d'étiquetage prévues par la mesure initiale concernant le thon avec, d'autre part, l'existence de risques de mortalité ou de blessures graves des dauphins dans toutes les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, auxquels il n'était pas remédié, étant donné l'absence de toute prescription dans la mesure initiale concernant le thon imposant de certifier le statut *Dolphin Safe* au regard de la mortalité ou des blessures graves du thon capturé à l'extérieur de l'ETP par des navires non équipés de sennes coulissantes.⁴⁷⁸ Ayant fait cela, l'Organe d'appel est arrivé à la conclusion que les États-Unis n'avaient pas montré que leur mesure était ""adaptée" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan" et que, par conséquent, ils n'avaient pas démontré que la mesure initiale concernant le thon était impartiale "sur les points pertinents".⁴⁷⁹

7.109. S'agissant de la manière dont les règles concernant l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 2.1 ont été appliquées dans la procédure initiale, nous notons que l'Organe d'appel a d'abord examiné si le Mexique avait présenté des éléments *prima facie* établissant que la mesure initiale concernant le thon modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains et a constaté que c'était le cas. L'Organe d'appel a ensuite analysé si cet "effet préjudiciable dénotait une discrimination" ou découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Il a dit dans son rapport que, même si la charge de prouver que les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient incompatibles avec l'article 2.1 incombait au Mexique en tant que plaignant, il appartenait aux États-Unis d'étayer leur affirmation selon laquelle leurs dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.⁴⁸⁰

7.110. L'Organe d'appel a rappelé les raisons pour lesquelles le Groupe spécial initial n'était "pas convaincu[]" que les États-Unis aient démontré que les prescriptions de leurs dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient "adaptées"⁴⁸¹, faisant référence aux principaux éléments de preuve présentés et arguments étayés par les parties. Il a noté que les États-Unis avaient

⁴⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91.

⁴⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.91 et 7.93.

⁴⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 282 à 284.

⁴⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 292, 296 et 297. L'Organe d'appel a fait également référence aux constatations du Groupe spécial initial selon lesquelles, s'agissant des navires équipés de sennes coulissantes pêchant à l'extérieur de l'ETP, la seule prescription prévue par la mesure initiale concernant le thon portait sur la fourniture d'une certification par le capitaine indiquant qu'il n'y avait eu "aucun encerclement des dauphins" pendant l'expédition pertinente.

⁴⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

⁴⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 283.

⁴⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 285 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.559).

présenté "de nombreux éléments de preuve et arguments" et que le Groupe spécial initial avait formulé des "constatations non contestées indiquant que la méthode de pêche par encerclement des dauphins caus[ait] des effets nuisibles observés et non observés sur les dauphins".⁴⁸² Il a noté aussi qu'il apparaissait que le Groupe spécial initial avait admis l'argument des États-Unis selon lequel "la technique de pêche par encerclement des dauphins était particulièrement dommageable pour ces derniers".⁴⁸³ Alors que le Groupe spécial initial convenait avec les États-Unis que "certaines techniques de pêche sembl[aient] présenter de plus grands risques pour les dauphins que d'autres"⁴⁸⁴, il n'était "pas convaincu" qu'"au moins certaines des populations de dauphins affectées par les techniques de pêche autres que l'encerclement des dauphins n[étaient] pas confrontées à des risques au moins équivalents à ceux qui [pesaient] actuellement sur les populations de dauphins dans l'ETP surveillées dans le cadre de l'AIDCP".⁴⁸⁵ Faisant référence aux éléments de preuve et arguments communiqués par le Mexique, le Groupe spécial initial a constaté que "certains éléments indiqu[aient] clairement que l'utilisation de certaines techniques de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins [pouvait] aussi causer des dommages aux dauphins"⁴⁸⁶ et a souscrit au point de vue du Mexique selon lequel les risques posés par d'autres méthodes de pêche n'étaient pas négligeables et atteignaient effectivement, dans certaines circonstances, le même niveau que le risque résultant de l'encerclement des dauphins.

7.111. Sur la base de ces considérations, l'Organe d'appel a conclu que "les États-Unis n'[avaient] pas démontré que la différence dans les conditions d'étiquetage était "adaptée" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan", que "l'effet préjudiciable de leur mesure sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime" et que cette mesure était "impartiale sur les points pertinents".⁴⁸⁷ À la lumière de tout ce qui précède, il a formulé des conclusions générales sur ce que les participants avaient établi ou n'avaient pas établi au titre de l'article 2.1. Il a considéré que le Mexique avait "établi *prima facie* que les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* modifiaient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains et n'étaient pas impartiales dans la manière dont elles remédiaient aux risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan".⁴⁸⁸ En revanche, il a considéré que les États-Unis ne s'étaient pas "acquittés de la charge qui leur incombait de réfuter cette argumentation *prima facie*" parce qu'ils n'avaient pas "justifié le caractère non discriminatoire au regard de l'article 2.1 des différentes prescriptions ... pour l'accès à leur label *Dolphin Safe*".⁴⁸⁹ L'Organe d'appel a donc conclu que les États-Unis n'avaient pas "démonstré que l'effet préjudiciable de leur mesure sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁴⁹⁰

7.112. Nous rappelons que la présente procédure au titre de l'article 21:5 s'inscrit dans une suite d'événements, de sorte qu'il faut prendre dûment connaissance des recommandations et décisions formulées par l'ORD dans la procédure initiale sur la base des constatations adoptées de l'Organe d'appel et du Groupe spécial initial.⁴⁹¹ Dans leurs communications au Groupe spécial, les

⁴⁸² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 287.

⁴⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289.

⁴⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 288 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.438).

⁴⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 288 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.617).

⁴⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 247 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.520, qui fait référence à National Marine Fisheries Service, *An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Ocean*, Administrative Report LJ 96 20 (November 1996) (pièce US-10 présentée au Groupe spécial initial), page 38; et à National Research Council, *Dolphins and the Tuna Industry* (National Academy Press: Washington, D.C., 1992) (pièce MEX-2 présentée au Groupe spécial), pages 37 et 98 (italique dans l'original)).

⁴⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

⁴⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298.

⁴⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298.

⁴⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298.

⁴⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 136 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 142; *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 121; *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphe 61; *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*, paragraphes 68 et 77; et *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 102).

États-Unis et le Mexique ont tous les deux avancé des arguments relatifs aux divers risques pour les dauphins associés aux différentes méthodes de pêche à l'intérieur et à l'extérieur de l'ETP. Le Mexique a cherché à établir que les méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins produisaient des effets nuisibles importants et que les dauphins étaient exposés à des risques de mortalité ou de blessures graves causés par la pêche au thon à l'extérieur de l'ETP qui étaient égaux ou supérieurs aux risques que présentait pour eux la pêche à l'intérieur de l'ETP.⁴⁹² Les États-Unis, quant à eux, ont soutenu que les modifications incorporées dans la mesure modifiée concernant le thon au moyen du règlement final de 2013 remédiaient directement à l'absence d'adaptation que l'Organe d'appel avait jugée responsable du manque d'impartialité de la mesure initiale concernant le thon. Pour formuler leurs arguments, ils se sont appuyés sur les constatations formulées dans la procédure initiale, ainsi que sur des éléments de preuve additionnels, pour établir que l'encerclement des dauphins dans l'ETP était "particulièrement dommageable" pour ces derniers et que les risques associés à cette méthode de pêche au thon étaient plus élevés que ceux qui étaient associés à des méthodes de pêche qui n'étaient pas exclues de l'accès au label *Dolphin Safe* en vertu de la mesure modifiée concernant le thon.

7.113. Ayant formulé ces observations préliminaires et les gardant à l'esprit, nous examinons les trois parties séparées de l'analyse et des constatations du Groupe spécial à la lumière des allégations d'erreur spécifiques formulées par les participants dans le présent appel.

7.2.3.2.2 Critères d'admissibilité

7.114. Le Mexique fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse des critères d'admissibilité lorsqu'il a évalué la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. En particulier, il soutient que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que, dans le différend initial, l'Organe d'appel avait "réglé" la question de l'impartialité en ce qui concerne l'octroi de l'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* aux produits du thon contenant du thon capturé par des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins.⁴⁹³

7.115. Avant d'examiner l'allégation d'erreur formulée par le Mexique en appel, nous décrivons les principales constatations du Groupe spécial concernant les critères d'admissibilité prévus par la mesure modifiée concernant le thon.

7.2.3.2.2.1 Constatations du Groupe spécial

7.116. Le Groupe spécial a commencé par poser la question de savoir ce qui avait précisément été "définitivement réglé" par l'Organe d'appel dans la procédure initiale s'agissant des critères d'admissibilité.⁴⁹⁴ Selon lui, il était "tout à fait clair que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel [avait] réglé la question de savoir si les États-Unis pouvaient exclure le thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe*".⁴⁹⁵ De l'avis du Groupe spécial, "l'Organe d'appel [avait] clairement constaté que l'encerclement des dauphins causait des dommages observés et non observés à ces derniers".⁴⁹⁶ Le Groupe spécial a expliqué en outre qu'il croyait comprendre que "ce qui rend[ait] l'encerclement des dauphins particulièrement dommageable, c'était le fait qu'il caus[ait] certains effets non observés *au-delà* de la mortalité et des blessures "découl[ant] de la chasse elle-même""⁴⁹⁷ et a souligné que c'était "précisément

⁴⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.111 et 7.112 (faisant référence à la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 248 et 263). Le Mexique a avancé ces arguments, non pour montrer que la mesure modifiée concernant le thon n'était pas "adaptée", mais plutôt pour étayer son argument selon lequel l'admission au bénéfice du statut *Dolphin Safe* du thon capturé à l'extérieur de l'ETP au moyen des mêmes méthodes de pêche au thon était incompatible avec les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. En effet, il a contesté la pertinence du concept de l'"adaptation" pour l'analyse de l'impartialité de la mesure modifiée concernant le thon. Selon lui, ce concept est "incompatible avec l'objectif premier de la mesure en question, qui concerne l'exactitude des renseignements fournis aux consommateurs". (Deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 173) Selon le Mexique, "[s]oit le thon est *Dolphin Safe*, soit il ne l'est pas – l'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* ne peut pas être considérée comme une évaluation relative". (*Ibid.*)

⁴⁹³ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 91 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.117 à 7.135).

⁴⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119.

⁴⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120.

⁴⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122.

⁴⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.504). (italique dans l'original)

parce que ces dommages non observés ne [pouvaient] pas être limités par des mesures prises pour éviter que des dauphins ne soient tués ou blessés que le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel [avaient] constaté que les États-Unis étaient en droit de traiter l'encerclement des dauphins différemment des autres méthodes de pêche".⁴⁹⁸ Sur cette base, il a "repr[is] la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle les États-Unis [étaient] en droit, en vue d'atteindre le niveau de protection souhaité, d'exclure à jamais de l'étiquetage *Dolphin Safe* le thon capturé au moyen de cette méthode".⁴⁹⁹ Il a ajouté que la mesure initiale concernant le thon avait été jugée incompatible avec les règles de l'OMC, "non parce qu'elle excluait le thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe*, mais parce que la mesure initiale concernant le thon *n'était pas impartiale vis-à-vis d'autres méthodes de pêche* qui pouvaient aussi causer des dommages aux dauphins".⁵⁰⁰

7.117. Ensuite, le Groupe spécial a dit que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel avait tranché la question de savoir si le fait que le régime d'étiquetage des États-Unis n'excluait pas d'autres méthodes de pêche au thon ôtait nécessairement toute impartialité à la mesure initiale concernant le thon. À son avis, l'Organe d'appel avait constaté que l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins, conjointement avec l'admission du thon capturé par d'autres méthodes de pêche, n'était pas incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Le Groupe spécial a donc considéré que cette question était "réglée" et a "réaffirm[é] la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle, dans la mesure où ils modifi[aient] les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains, les critères d'admissibilité [étaient] impartiaux et, par conséquent, n'[étaient] pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC".⁵⁰¹

7.2.3.2.2 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en donnant une interprétation erronée des constatations formulées par l'Organe d'appel dans la procédure initiale

7.118. Le Mexique affirme que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Organe d'appel avait déjà "réglé" dans le différend initial la question de l'"impartialité" concernant l'octroi de l'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* aux produits du thon contenant du thon capturé par des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins. Le Mexique souligne que l'analyse de l'impartialité au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC "est compliquée à la fois sur le plan juridique et sur le plan factuel" et que l'Organe d'appel n'a pas effectué l'"évaluation rigoureuse" requise pour évaluer l'impartialité de l'octroi de l'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* aux produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche.⁵⁰² D'après le Mexique, l'Organe d'appel n'a pas non plus formulé les constatations d'impartialité ou de compatibilité avec l'article 2.1 que le Groupe spécial lui a imputé.⁵⁰³ En fait, selon le Mexique, les constatations de l'Organe d'appel concernaient la question de l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe* et ne portaient pas sur l'octroi du label *Dolphin Safe* aux produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche.⁵⁰⁴

⁴⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122.

⁴⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.123.

⁵⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.123.

⁵⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126. Le Groupe spécial a noté que l'Organe d'appel avait finalement constaté que la mesure initiale concernant le thon était incompatible avec l'article 2.1. Selon lui toutefois, cette constatation n'était pas due au fait que les États-Unis excluaient le thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe*, mais plutôt au fait que le régime réglementaire imposé par les États-Unis sur les méthodes de pêche au thon autres que par encerclement des dauphins ne prenait pas suffisamment en compte les risques que ces méthodes présentaient pour les dauphins. (*Ibid.*, paragraphe 7.127 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298)) Le Groupe spécial a ensuite examiné une série de pièces que les deux parties avaient mentionnées dans le cadre de leurs arguments sur cette question et a indiqué que les nouveaux éléments de preuve présentés dans la présente procédure au titre de l'article 21:5 "[venaient] simplement corroborer la conclusion à laquelle le Groupe spécial et l'Organe d'appel [étaient] parvenus dans le cadre de la procédure initiale". (*Ibid.*, paragraphe 7.135)

⁵⁰² Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 93.

⁵⁰³ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 92.

⁵⁰⁴ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 90.

Par conséquent, le Mexique insiste sur le fait que cette question n'a pas été "définitivement réglée[]".⁵⁰⁵

7.119. Les États-Unis répondent que, contrairement à ce qu'affirme le Mexique, le Groupe spécial a conclu à juste titre que l'Organe d'appel avait déjà rejeté l'idée qu'ils ne pouvaient pas faire de distinctions entre différentes méthodes de pêche conformément à l'article 2.1 de l'Accord OTC. Ils soutiennent que le Mexique fait valoir à tort que l'analyse de l'"impartialité" effectuée par l'Organe d'appel était limitée à l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins et ne couvrait pas l'admissibilité du thon capturé par d'autres méthodes de pêche. Selon les États-Unis, la question a été "clairement soumise"⁵⁰⁶ à l'Organe d'appel au cours de la procédure initiale. Ils affirment par conséquent que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que la question avait été "définitivement réglée" au cours de la procédure initiale, étant donné que la question centrale pour l'Organe d'appel était celle de savoir si la mesure contestée était "adaptée" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.⁵⁰⁷

7.120. Pour examiner cette allégation d'erreur formulée par le Mexique, nous devons d'abord rappeler les principales constatations formulées par l'Organe d'appel dans le différend initial.

7.121. Ayant constaté que la mesure initiale concernant le thon modifiait les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits mexicains, l'Organe d'appel a évalué si l'effet préjudiciable dénotait une discrimination et, en particulier, si la mesure en cause était "adaptée" en fonction des risques pour les dauphins. Il a d'abord noté que les États-Unis avaient fait valoir devant le Groupe spécial initial que, "dans la mesure où il y avait d'éventuelles différences dans les critères qu'il fallait remplir pour étayer des allégations relatives au caractère *Dolphin Safe*, elles [étaient] "adaptées" en fonction du risque que des dauphins soient tués ou gravement blessés quand le thon [était] capturé".⁵⁰⁸ L'Organe d'appel a fait remarquer que "[l]'aspect de la mesure qui caus[ait] l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains [était] donc la différence dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part".⁵⁰⁹ Par conséquent, il a considéré que la question dont il était saisi était celle de savoir si les États-Unis avaient démontré "que cette différence dans les conditions d'étiquetage était une distinction réglementaire légitime et, par conséquent, si l'effet préjudiciable de la mesure résult[ait] exclusivement de cette distinction au lieu de dénoter une discrimination".⁵¹⁰

7.122. Lorsqu'il a examiné cette question, l'Organe d'appel a rappelé plusieurs constatations formulées par le Groupe spécial initial, sur lesquelles il s'est appuyé. Il s'agissait notamment des suivantes: "la méthode de pêche par encerclement des dauphins caus[ait] des effets nuisibles observés et non observés sur les dauphins"⁵¹¹; "ces effets nuisibles étaient pleinement pris en compte dans la mesure en cause"⁵¹²; et "l'utilisation de certaines techniques de pêche au thon *autres* que l'encerclement des dauphins [pouvait] aussi causer des dommages aux dauphins".⁵¹³ L'Organe d'appel a souligné que, même si le Groupe spécial initial avait "admis l'argument des États-Unis selon lequel la technique de pêche par encerclement des dauphins était particulièrement dommageable pour ces derniers", il "ne partageait pas l'avis des États-Unis selon

⁵⁰⁵ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 93 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119).

⁵⁰⁶ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 63. (italique omis)

⁵⁰⁷ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 64.

⁵⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 282. (note de bas de page omise)

⁵⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 284.

⁵¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 284. (italique dans l'original) L'Organe d'appel a dit qu'il examinerait dans quelle mesure les constatations du Groupe spécial éclairaient la question de savoir "si la différence dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part, [était] adaptée à la probabilité que des dauphins subiraient des effets nuisibles au cours des opérations de pêche au thon dans les conditions correspondantes". (*Ibid.*, paragraphe 286)

⁵¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 287.

⁵¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 287.

⁵¹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 288 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.520 (italique dans l'original; note de bas de page omise)).

lequel les risques posés pour les dauphins par d'autres techniques de pêche étaient négligeables et n'atteignaient pas, dans certaines circonstances, le même niveau que les risques résultant de l'encerclement des dauphins".⁵¹⁴ Selon l'Organe d'appel, ces constatations étaient à la base des préoccupations exprimées par le Groupe spécial initial au sujet de la façon dont la mesure initiale concernant le thon remédiait aux effets nuisibles que l'utilisation de techniques de pêche autres que l'encerclement des dauphins à l'extérieur de l'ETP pourrait avoir sur les dauphins.⁵¹⁵ Comme le Groupe spécial initial, l'Organe d'appel a conclu que la mesure initiale concernant le thon ne remédiait pas aux effets nuisibles résultant pour les dauphins de l'utilisation des méthodes de pêche employées de manière prédominante par des flottilles de pêche approvisionnant les producteurs de thon des États-Unis et d'autres pays, puisqu'aucune prescription concernant une certification selon laquelle aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé, n'était applicable aux pêcheries à l'extérieur de l'ETP.⁵¹⁶ Au lieu de cela, la seule prescription que la mesure initiale concernant le thon appliquait aux navires pêchant à l'extérieur de l'ETP était, pour le thon capturé par des navires équipés de sennes coulissantes, de fournir une certification par le capitaine indiquant qu'il n'y avait pas eu d'encerclement des dauphins. L'Organe d'appel a souscrit à l'avis du Groupe spécial initial selon lequel cette prescription ne remédiait pas aux risques résultant pour les dauphins des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins.⁵¹⁷

7.123. Pour ces raisons, l'Organe d'appel a conclu que "les États-Unis n'[avaient] pas démontré que la différence dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part, était "adaptée" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan".⁵¹⁸ Par conséquent, l'Organe d'appel a considéré que les États-Unis n'avaient pas réfuté les éléments *prima facie* du Mexique qui établissaient que "les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* modifiaient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains et n'étaient pas impartiales dans la manière dont elles remédiaient aux risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan".⁵¹⁹

7.124. Comme le montre ce qui précède, l'Organe d'appel n'a pas formulé les constatations que lui attribue le Groupe spécial. Bien que le Groupe spécial ait déclaré qu'il "réaffirm[ait]" les constatations de l'Organe d'appel, le rapport de ce dernier ne contient aucune déclaration indiquant que les États-Unis sont "en droit" d'exclure "à jamais de l'étiquetage *Dolphin Safe*" le thon capturé par encerclement des dauphins, et *a fortiori* que "les critères d'admissibilité sont impartiaux et, par conséquent, ne sont pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC".⁵²⁰ Le Groupe spécial ne fait d'ailleurs référence à aucun paragraphe du rapport de l'Organe d'appel contenant ces constatations alléguées. Fait important, que le Groupe spécial a reconnu, l'Organe d'appel a constaté que la mesure initiale concernant le thon manquait d'impartialité et, pour cette raison, était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁵²¹

7.125. Comme nous l'avons déjà expliqué, et comme le terme lui-même le laisse entendre, l'"impartialité" est un concept relationnel et doit être vérifiée au moyen d'une analyse comparative. Les distinctions réglementaires, par définition, traitent des groupes de produits différemment. Par conséquent, l'impartialité d'une mesure et d'une distinction réglementaire établie par cette mesure ne peut pas être correctement estimée par un examen de la façon dont elles traitent un seul groupe de produits ou de méthodes de production. C'est seulement en analysant minutieusement le traitement accordé à tous les groupes qui sont comparés que l'on peut évaluer correctement l'impartialité.

⁵¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289. (notes de bas de page omises)

⁵¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289.

⁵¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.532).

⁵¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.561).

⁵¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

⁵¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298.

⁵²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.123 et 7.126.

⁵²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.127 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298).

7.126. Dans certaines parties de son raisonnement, le Groupe spécial semblait être conscient du caractère relationnel et comparatif de l'analyse de la question de savoir si la mesure modifiée était adaptée et impartiale. Il a noté que, dans la procédure initiale, la constatation d'incompatibilité avec l'article 2.1 de l'Organe d'appel n'avait pas été formulée non parce que les États-Unis excluaient le thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe*, mais plutôt parce que le système réglementaire imposé par les États-Unis sur les méthodes de pêche au thon *autres* que par encerclement des dauphins ne remédiait pas suffisamment aux risques que ces méthodes présentaient pour les dauphins.⁵²² Cependant, il ne découle pas des constatations de l'Organe d'appel dans le différend initial que l'"exclusion" des produits contenant du thon capturé dans l'ETP par encerclement des dauphins prévue par la mesure pourrait être – ou a été – évaluée du point de vue de sa compatibilité avec l'article 2.1 isolément des prescriptions appliquées aux autres méthodes de pêche qui causent aussi des dommages aux dauphins dans d'autres pêcheries. Comme nous l'avons indiqué, pour évaluer si les distinctions réglementaires établies par une mesure sont impartiales, il faut estimer le traitement des deux groupes entre lesquels le traitement réglementaire prévu par la mesure diffère. La question de savoir si une distinction réglementaire qui comporte un refus d'accès au label *Dolphin Safe* en rapport avec l'encerclement des dauphins est impartiale dépend non seulement de la façon dont il est remédié aux risques associés à cette méthode de pêche mais aussi du point de savoir s'il est remédié aux risques associés à d'autres méthodes de pêche dans d'autres pêcheries, en proportion de leurs profils de risque respectifs, dans les conditions d'étiquetage qui s'appliquent pour le thon capturé dans ces autres pêcheries. En constatant que la question de l'exclusion de l'encerclement des dauphins avait été "réglée" dans la procédure initiale, le Groupe spécial a empêché une analyse relationnelle et comparative correcte des distinctions réglementaires et du traitement des deux groupes de produits (c'est-à-dire ceux qui ne sont pas admissibles au bénéfice de l'accès au label au titre de la mesure modifiée, et ceux qui sont admissibles).

7.127. Il en est de même lorsque, comme dans le cas des changements apportés au régime d'étiquetage *Dolphin Safe* au moyen de la mesure prise pour se conformer (le règlement final de 2013), une mesure est modifiée d'une manière qui affecte le traitement d'un seul des deux groupes visés par cette distinction. Après une telle modification, l'impartialité du traitement réglementaire et des distinctions pertinentes doit être à nouveau évaluée. On ne peut pas correctement comprendre la signification juridique du traitement modifié accordé à un groupe de produits en examinant ce groupe isolément. En fait, pour répondre à la question de savoir si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, il faut aussi considérer le traitement réglementaire inchangé qui est accordé à l'autre groupe.

7.128. Les déclarations du Groupe spécial nous paraissent d'autant plus surprenantes qu'elles ne semblent pas totalement cadrer avec la façon dont le Groupe spécial lui-même a décrit les constatations de l'Organe d'appel dans une section précédente de son rapport. Comme cela est expliqué plus haut dans la section 7.1 du présent rapport, lorsqu'il a examiné le champ de sa compétence, le Groupe spécial a souligné que l'Organe d'appel "n'[avait] pas dit qu'un quelconque élément particulier" du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* était l'"unique responsable" du manque d'impartialité de la mesure initiale concernant le thon.⁵²³ Il a observé qu'"[i]l [était] vrai que le raisonnement de l'Organe d'appel était principalement axé sur l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins pour ce qui [était] de l'accès au label *Dolphin Safe*" mais a ajouté que cela "pouvait fort bien être la conséquence de la façon dont les parties avaient fait valoir leurs arguments".⁵²⁴ Il a expliqué qu'en tout état de cause, c'était "la mesure concernant le thon dans son ensemble, avec ses prescriptions réglementaires différentes, qui [avait] été jugée [par l'Organe d'appel] incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC".⁵²⁵ En particulier, le Groupe

⁵²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.127 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298). Comme nous l'avons noté, le Groupe spécial a constaté que la mesure initiale concernant le thon avait été jugée incompatible avec les règles de l'OMC, non parce qu'elle excluait le thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe*, mais parce qu'elle n'était pas impartiale vis-à-vis d'autres méthodes de pêche qui pouvaient aussi causer des dommages aux dauphins. (*Ibid.*, paragraphe 7.123)

⁵²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.33.

⁵²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.38.

⁵²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.33. Voir aussi le paragraphe 7.117. Le Groupe spécial a aussi examiné et rejeté l'affirmation des États-Unis selon laquelle la procédure de mise en conformité devrait être limitée à l'évaluation du règlement final de 2013. Il a conclu que sa tâche consistait à déterminer si la mesure modifiée concernant le thon, y compris le règlement final de 2013, mettait les États-Unis en conformité avec les accords visés de l'OMC. (*Ibid.*, paragraphe 7.24)

spécial a estimé que la référence faite par l'Organe d'appel à la "différence dans les conditions d'étiquetage" et aux "différentes prescriptions" au pluriel indiquait que les constatations de l'Organe d'appel englobaient diverses distinctions incorporées dans la mesure initiale concernant le thon, y compris en ce qui concernait les prescriptions relatives à la certification ainsi qu'au repérage et à la vérification.⁵²⁶

7.129. Nous ne voyons pas comment, à la lumière des constatations de l'Organe d'appel, le Groupe spécial en est arrivé à estimer que le rapport de l'Organe d'appel dans la procédure initiale avait "réglé" les points suivants: i) les États-Unis pouvaient exclure à jamais de l'accès au label *Dolphin Safe* le thon capturé par encerclement des dauphins⁵²⁷; et ii) la question de savoir si l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins, conjointement avec l'admission du thon capturé par d'autres méthodes de pêche, était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁵²⁸ En particulier, l'Organe d'appel n'a pas évalué les questions identifiées par le Groupe spécial indépendamment les unes des autres. De plus, son rapport n'indique pas ni ne laisse entendre que ces questions ont été "réglées", spécialement de la façon catégorique dont le Groupe spécial les a décrites. Au lieu de cela, lorsqu'il a évalué si la mesure en cause était "adaptée", l'Organe d'appel a analysé minutieusement, par une comparaison, la différence dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part. Par conséquent, c'est seulement en examinant le traitement accordé aux *deux* groupes qui sont comparés que l'on peut évaluer correctement l'impartialité de la mesure en cause.

7.130. Nous observons en outre qu'il apparaît que la décision prise par le Groupe spécial, pour l'examen des critères d'admissibilité prévus par la mesure modifiée concernant le thon, de se concentrer sur les aspects qu'à son avis, l'Organe d'appel avait déjà "réglés" l'a empêché de procéder à un examen complet de la question centrale dans la présente procédure de mise en conformité, à savoir si les changements apportés par les États-Unis au moyen de la mesure modifiée concernant le thon suffisaient à rendre cette mesure conforme aux recommandations et décisions de l'ORD relatives à l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.131. En résumé, le rapport de l'Organe d'appel ne contient aucune constatation selon laquelle les États-Unis sont en droit "d'exclure à jamais de l'étiquetage *Dolphin Safe* le thon capturé au moyen de cette méthode"⁵²⁹, ou selon laquelle la procédure initiale "a réglé la question de savoir si l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins, conjointement avec l'admission du thon capturé par d'autres méthodes de pêche, était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC".⁵³⁰ Par conséquent, la "réaffirm[ation]" par le Groupe spécial de la "constatation" supposée de l'Organe d'appel selon laquelle "les critères d'admissibilité sont impartiaux et, par conséquent, ne sont pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC"⁵³¹ est incorrecte. Pour les raisons qui précèdent, nous constatons que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Organe d'appel avait "réglé" la question de l'impartialité des critères d'admissibilité dans la procédure initiale.

7.2.3.2.3 Prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification

7.132. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. En conséquence de ces erreurs alléguées, les États-Unis demandent que soient infirmées les constatations finales du Groupe spécial selon lesquelles: i) les prescriptions concernant la certification accordent aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC; et ii) les prescriptions concernant le repérage et la vérification accordent aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable

⁵²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.35 à 7.37 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 284 et 298, respectivement).

⁵²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.123.

⁵²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126.

⁵²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.123.

⁵³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126.

⁵³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126.

que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁵³²

7.133. Les États-Unis font appel de deux des principaux aspects de l'évaluation de l'impartialité des prescriptions concernant la certification faite par le Groupe spécial. Premièrement, ils soutiennent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions différentes concernant la certification manquaient d'impartialité parce que les capitaines pouvaient ne pas nécessairement et toujours disposer des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé, et que cela pouvait aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui était contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. Deuxièmement, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les dispositions relatives aux déterminations prouvaient que l'effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁵³³ Nous examinons la contestation par les États-Unis de l'analyse faite par le Groupe spécial des dispositions relatives aux déterminations dans la sous-section suivante du présent rapport. Après cette sous-section, nous examinons les allégations des participants au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne l'analyse faite par le Groupe spécial de l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification.

7.134. Dans la présente sous-section de notre rapport, nous examinons les allégations d'erreur formulées par les États-Unis en ce qui concerne la première partie de l'analyse faite par le Groupe spécial de l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification, et en ce qui concerne l'analyse faite par le Groupe spécial de l'impartialité des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification. Nous commençons par résumer les constatations pertinentes du Groupe spécial, d'abord pour ce qui est de l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification, puis pour ce qui est des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification.

7.2.3.2.3.1 Constatations du Groupe spécial

Prescriptions différentes concernant la certification

7.135. S'agissant des prescriptions différentes concernant la certification, le Mexique a fait valoir au Groupe spécial que, comme la mesure initiale concernant le thon, la mesure modifiée concernant le thon manquait d'impartialité parce qu'elle remédiait aux risques présentés pour les dauphins par leur encerclement dans l'ETP, mais ne remédiait pas pleinement au risque présenté par les autres méthodes de pêche dans les autres pêcheries. Le Mexique a souligné que, dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, les certifications prescrites devaient être délivrées tant par le capitaine du navire que par un observateur indépendant présent à bord, mais qu'à l'extérieur de cette pêcherie, les certifications ne devaient être fournies que par le capitaine. Le Groupe spécial a considéré que l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification n'étaient pas impartiales reposait sur l'"hypothèse fondamentale factuelle" que les certifications des capitaines étaient "foncièrement peu fiables" et "sans valeur"⁵³⁴ pour deux raisons principales: i) les capitaines étaient incités, d'un point de vue financier, à certifier que leur prise était *Dolphin Safe* même lorsqu'elle ne l'était pas, et la mesure modifiée concernant le thon ne contenait aucun mécanisme permettant de contrecarrer cette incitation; et ii) les capitaines n'avaient pas l'expertise technique nécessaire pour certifier avec exactitude qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé et, par conséquent, leurs certifications ne garantissaient pas que le thon étiqueté *Dolphin Safe* satisfaisait effectivement aux prescriptions légales et réglementaires.

7.136. Au sujet de la première de ces affirmations, le Groupe spécial a été d'avis que "le fait que de nombreux régimes nationaux, régionaux et internationaux s'appu[yaient] sur l'autocertification par les capitaines établ[issait] la forte présomption que, d'un point de vue systémique, ces certifications [étaient] fiables".⁵³⁵ Il a considéré que les arguments et éléments de preuve

⁵³² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 135, 188, 194, 287 et 335 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.a et 8.2.b).

⁵³³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 787.

⁵³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.198 (citant la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 285 et 295).

⁵³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.208.

présentés par le Mexique n'étaient pas suffisants pour réfuter cette présomption⁵³⁶ et a indiqué que l'interprétation différente que les États-Unis faisaient des incitations économiques auxquelles étaient confrontés les capitaines semblait tout aussi plausible.⁵³⁷ Le Groupe spécial n'était donc pas convaincu que le fait de s'appuyer sur les certifications des capitaines à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP ôtait toute impartialité à la mesure modifiée concernant le thon.⁵³⁸

7.137. Ensuite, lorsqu'il a évalué l'argument du Mexique selon lequel les capitaines n'avaient peut-être pas l'expertise technique nécessaire pour certifier avec exactitude qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé, le Groupe spécial a jugé utile de comparer les genres de tâches censées être accomplies par les observateurs dans l'ETP et les autres océans avec celles qui étaient habituellement accomplies par les capitaines.⁵³⁹ Après avoir examiné les éléments de preuve concernant les genres de tâches accomplies par les observateurs, le Groupe spécial a conclu que ces éléments de preuve "donn[aient] fortement à penser que certifier qu'un dauphin [avait] ou non été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins [était] une tâche extrêmement complexe".⁵⁴⁰ Ensuite, le Groupe spécial a analysé les éléments de preuve concernant les tâches que les capitaines étaient généralement censés accomplir et n'a pas été convaincu que la certification de la mort ou des blessures graves des dauphins était le genre de tâches que les capitaines étaient généralement censés accomplir, ou que les capitaines avaient nécessairement les compétences requises pour certifier si des dauphins avaient été tués ou gravement blessés.⁵⁴¹ Pour ces raisons, le Groupe spécial a estimé que "les États-Unis n'[avaient] pas réfuté la démonstration du Mexique selon laquelle les capitaines [pouvaient] ne pas nécessairement et toujours disposer des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'[avait] été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins"⁵⁴², car "[ils] n'[avaient] pas expliqué pourquoi leur mesure supposait que les capitaines disposaient des compétences nécessaires pour établir des certifications exactes".⁵⁴³ En conséquence, dans son raisonnement, le Groupe spécial a dit que la certification du statut *Dolphin Safe* des thons par le capitaine "[pouvait] aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui [était] contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon".⁵⁴⁴ Par conséquent, le Groupe spécial a constaté que "les prescriptions différentes concernant la certification [n'étaient] pas impartiales, et qu'elles ne [pouvaient] donc pas être considérées comme découlant exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁵⁴⁵

7.138. Par la suite, le Groupe spécial a entrepris d'"exposer[]" la façon dont il analyserait l'impartialité des prescriptions concernant la certification si les États-Unis, et non le Mexique, assumaient la charge de la preuve en ce qui concerne la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1.⁵⁴⁶ Il a admis l'argument des États-Unis selon lequel "la prescription imposant un taux de surveillance par des observateurs de 100% dans l'ETP [était] étroitement liée au caractère spécial et, à certains égards, "unique" des dommages causés aux dauphins par la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP".⁵⁴⁷ Ce faisant, le Groupe spécial a précisé qu'il ne considérerait pas que la position des États-Unis était que ces certifications par les observateurs étaient nécessaires dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP mais pas dans les autres pêcheries "parce que le risque de mortalité ou de blessures graves des dauphins [était] d'une façon ou d'une autre moins élevé dans les autres pêcheries".⁵⁴⁸ Au contraire, selon le Groupe spécial, les États-Unis ont

⁵³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.209.

⁵³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.210. Les États-Unis ont fait valoir devant le Groupe spécial que, contrairement à ce que soutenait le Mexique, les capitaines des navires étaient incités sur le plan économique à ne pas mentir en ce qui concerne leurs déclarations *Dolphin Safe*, parce que les conserveries ne feraient plus affaire avec eux et qu'ils s'exposeraient à des sanctions civiles et pénales. (*Ibid.*, paragraphe 7.202)

⁵³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.211.

⁵³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.213.

⁵⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.218.

⁵⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.225.

⁵⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233.

⁵⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.234.

⁵⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233.

⁵⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233.

⁵⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.235 et 7.236.

⁵⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.238.

⁵⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.240.

expliqué que les prescriptions différentes concernant la certification étaient dues à "la nature de la technique de pêche utilisée par les grands senneurs de l'ETP, qui impliqu[ait] essentiellement la chasse et l'encerclement de nombreux dauphins sur une longue période [et que cela] signifi[ait] qu'il [était] nécessaire qu'il y ait à bord une seule personne chargée d'enregistrer les dauphins capturés lors de la chasse et/ou de la pose des sennes coulissantes".⁵⁴⁹ En revanche, étant donné que la nature et le degré de l'interaction entre les dauphins et les thoniers utilisant d'autres méthodes de pêche dans d'autres océans étaient "différents du point de vue quantitatif et qualitatif (puisque les dauphins [n'étaient] pas encerclés délibérément et que l'interaction n'[était] qu'accidentelle), il n'était pas nécessaire qu'il y ait à bord une seule personne ayant uniquement pour tâche de surveiller la sécurité des dauphins lors de l'opération ou de l'autre déploiement d'engins".⁵⁵⁰

7.139. Le Groupe spécial a considéré que les éléments de preuve du Mexique n'étaient pas suffisants pour réfuter l'argument des États-Unis selon lequel les risques spéciaux et uniques présentés pour les dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP justifiaient les prescriptions différentes concernant la certification appliquées à cette pêcherie et aux autres pêcheries.⁵⁵¹ De ce fait, le Groupe spécial a fait observer qu'il "constat[er]ait que les États-Unis [avaient] établi *prima facie* que les prescriptions différentes concernant la certification découl[aient] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁵⁵² Toutefois, le Groupe spécial a ensuite indiqué que, puisque les États-Unis n'avaient pas réfuté les éléments de preuve présentés par le Mexique concernant la complexité de la certification du statut *Dolphin Safe* des prises de thons, il "constat[er]ait que les États-Unis n'[avaient] pas suffisamment expliqué pourquoi ils suppos[aient] que les capitaines [pouvaient] se charger d'une activité dont la mesure modifiée concernant le thon elle-même reconn[aissait] qu'elle [était] très complexe et qui nécessit[ait] une formation et un apprentissage".⁵⁵³ En l'absence d'une telle explication, le Groupe spécial s'est senti "obligé" de constater que, même si les États-Unis pouvaient légitimement faire des distinctions entre la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et les autres pêcheries, l'absence d'explications concernant les capacités techniques des capitaines signifiait qu'il ne pouvait pas être considéré que les prescriptions différentes concernant la certification étaient impartiales et de ce fait découlaient *exclusivement* d'une distinction réglementaire légitime.⁵⁵⁴ L'un des membres du Groupe spécial n'a pas été en mesure d'accepter le raisonnement et les conclusions de la majorité des membres du Groupe spécial.⁵⁵⁵

Prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification

7.140. Pour évaluer l'impartialité des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial a commencé son analyse en rappelant qu'il appartenait au Mexique de démontrer *prima facie* que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification n'étaient pas impartiales.⁵⁵⁶ Il a ensuite dit souscrire à l'argument du Mexique selon lequel "il

⁵⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.240.

⁵⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.240. (notes de bas de page omises)

⁵⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.241.

⁵⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.245.

⁵⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.246.

⁵⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.246.

⁵⁵⁵ Ce membre du Groupe spécial n'a pas souscrit à l'analyse de la majorité des membres du Groupe spécial exposée aux paragraphes 7.233 à 7.246 de son rapport. Au contraire, dans une opinion séparée, ce membre a dit considérer que le traitement préjudiciable, quel qu'il soit, causé par les prescriptions différentes concernant la certification découlait bel et bien exclusivement d'une distinction réglementaire légitime et, par conséquent, n'était pas incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Étant donné que ni la certification par le capitaine ni la certification par l'observateur ne pouvaient détecter tous les cas de dauphin mort ou gravement blessé, une certaine part ou marge d'erreur était forcément tolérée. Ce membre du Groupe spécial a souligné que, à condition que la marge d'erreur tolérée soit "adaptée" en fonction des risques auxquels les dauphins étaient confrontés dans une pêcherie particulière, le simple fait que les mécanismes de détection à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP n'étaient pas les mêmes n'ôtait pas son impartialité à la mesure modifiée concernant le thon. Pour ce membre du Groupe spécial, les États-Unis avaient présenté des éléments de preuve suffisants pour montrer que les risques dans toutes les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP étaient, de manière générale, considérablement moins graves que ceux qui existaient dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.264 à 7.283)

⁵⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.389. Le Groupe spécial a également rappelé que la mesure dans laquelle un cas particulier de traitement préjudiciable pouvait être concilié avec les objectifs recherchés par une mesure contestée ou expliqué par ces objectifs pouvait être un élément pertinent à prendre en

n'exist[ait] pas de lien évident entre l'imposition d'une charge moins lourde pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon".⁵⁵⁷ Le Groupe spécial a constaté que le Mexique avait démontré *prima facie* "qu'il n'existait pas de lien rationnel entre les charges différentes créées par les prescriptions concernant le repérage et la vérification et les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon".⁵⁵⁸

7.141. Le Groupe spécial a rejeté les arguments présentés par les États-Unis pour réfuter cette démonstration. Premièrement, il a considéré que l'argument des États-Unis selon lequel les prescriptions concernant le repérage et la vérification étaient neutres quant à l'origine ne répondait pas à l'argument selon lequel les différences dans les prescriptions étaient incompatibles avec les objectifs recherchés par la mesure modifiée concernant le thon.⁵⁵⁹ Deuxièmement, le Groupe spécial a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel les prescriptions concernant le repérage et la vérification reflétaient simplement des engagements internationaux contractés par les États-Unis et le Mexique au titre de l'AIDCP, car cela n'expliquait pas pourquoi la mesure modifiée concernant le thon renfermait une distinction réglementaire qui avait pour effet d'imposer une charge liée au respect bien moins lourde pour le thon capturé dans certaines pêcheries que pour le thon capturé dans d'autres pêcheries.⁵⁶⁰

7.142. De même, le Groupe spécial n'a pas admis l'explication des États-Unis selon laquelle les prescriptions concernant le repérage et la vérification étaient différentes à cause du niveau de risque plus élevé pour les dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Ce risque plus élevé "n'explique pas pourquoi les prescriptions concernant le repérage et la vérification, qui de par leur nature même concernent les déplacements du poisson *après sa capture*, diffèrent selon les pêcheries au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique".⁵⁶¹ Pour le Groupe spécial, les profils de risque différents des différentes pêcheries pouvaient expliquer les différences réglementaires concernant les critères d'admissibilité des méthodes de pêche, ainsi que la nécessité qu'un observateur indépendant assure une surveillance et établisse des certifications *pendant et immédiatement après l'activité de pêche elle-même*, mais ils n'expliquaient pas les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, puisque ces prescriptions ne s'appliquaient qu'*après* que le thon avait été capturé. Enfin, bien qu'il soit convenu que les États-Unis étaient libres de chercher à réaliser leurs objectifs à un niveau qu'ils considéraient approprié, le Groupe spécial a indiqué que ce principe "ne les autoris[ait] pas à modifier les conditions de concurrence sur un marché au détriment des produits importés dans les cas où cette modification ne découl[ait] pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁵⁶²

7.143. Pour ces raisons, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas réfuté la démonstration *prima facie* du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification ne découlaient pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, et a donc constaté que ces prescriptions accordaient un traitement moins favorable aux produits du thon mexicains, en contravention à l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁵⁶³

considération pour évaluer si le traitement préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. (*Ibid.*, paragraphe 7.390)

⁵⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.392.

⁵⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.392.

⁵⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.394 et 7.395.

⁵⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.396 à 7.397.

⁵⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.398. (italique dans l'original)

⁵⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.399.

⁵⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.400. Ayant constaté que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon n'étaient pas impartiales, et qu'elles ne découlaient donc pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, le Groupe spécial a indiqué qu'il parviendrait à la même conclusion si la charge de la preuve devait être attribuée aux États-Unis. Il a expliqué que, dans ce cas de figure, il constaterait que les États-Unis n'avaient pas établi *prima facie* que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification découlaient exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. (*Ibid.*, paragraphe 7.402)

7.2.3.2.3.2 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas si les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification sont "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques

7.144. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur et appliqué un critère juridique incorrect en n'examinant pas si les ensembles différents de prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification étaient les uns et les autres "adaptés" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.⁵⁶⁴ Ils soulignent que, en revanche, le membre du Groupe spécial qui a rédigé une opinion séparée sur une partie des prescriptions concernant la certification a correctement reconnu que la question de l'adaptation était déterminante et que "l'analyse du point de savoir si les prescriptions [différentes étaient] adaptées en fonction des profils de risque différents dans les différentes pêcheries étaient "au cœur même de l'analyse de l'impartialité dans la présente affaire"".⁵⁶⁵ À leur avis, contrairement à l'analyse des prescriptions concernant la certification faite par la majorité du Groupe spécial et à l'analyse des prescriptions concernant le repérage et la vérification faite par le Groupe spécial, l'analyse du membre du Groupe spécial ayant rédigé une opinion séparée est compatible avec les indications données par l'Organe d'appel dans la procédure initiale.⁵⁶⁶

7.145. Les États-Unis estiment que la "question essentielle" pour l'Organe d'appel était de savoir si la distinction réglementaire pertinente était "impartiale dans la manière dont elle remédi[ait] aux risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan".⁵⁶⁷ En outre, ils indiquent qu'ils se sont appuyés sur l'analyse de l'adaptation faite par l'Organe d'appel pour concevoir leur mesure prise pour se conformer aux recommandations et décisions de l'Organe d'appel. Ils ajoutent que, mis à part l'opinion du membre du Groupe spécial ayant rédigé une opinion séparée, le Groupe spécial "a fait erreur en ne tenant pas lui aussi compte des indications de l'Organe d'appel" concernant l'adaptation.⁵⁶⁸ Ils soulignent également que, même dans la procédure initiale, l'analyse de l'"adaptation" faite par l'Organe d'appel était également liée aux prescriptions concernant la certification elles-mêmes. En particulier, l'Organe d'appel a noté qu'une prescription concernant les observateurs "[pouvait] être appropriée dans des circonstances où les dauphins [étaient] confrontés à des risques élevés de mortalité ou de blessures graves".⁵⁶⁹ Ainsi, pour les États-Unis, l'Organe d'appel a déjà accepté le "principe essentiel" selon lequel "un Membre de l'OMC n'est pas tenu d'imposer les *mêmes* prescriptions à tous les Membres – mais peut imposer des prescriptions différentes pour remédier à des risques différents".⁵⁷⁰

7.146. Les États-Unis soulignent, à cet égard, que le Groupe spécial "a bien conclu, en fait, que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP avait un "profil de risque" différent concernant les dommages causés aux dauphins par rapport aux autres pêcheries".⁵⁷¹ Selon eux, il est donc tout à fait approprié d'établir des prescriptions différentes pour le thon produit dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et pour le

⁵⁶⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 196 et 334.

⁵⁶⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 198 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.276). Voir aussi la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 340.

⁵⁶⁶ Les États-Unis, en particulier, font référence aux raisons ci-après données par le membre du Groupe spécial ayant rédigé une opinion séparée:

[L]a règle générale voulant que les certifications par les capitaines soient suffisantes à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP alors que la présence d'observateurs est exigée à l'intérieur de cette pêcherie est impartiale. Je crois que cette distinction constitue une réponse équitable aux profils de risque différents qui existent dans les différentes pêcheries, ainsi que le démontrent les éléments de preuve.

(Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 204 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.282))

⁵⁶⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 340 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 232). Voir aussi *ibid.*, paragraphe 200.

⁵⁶⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 205. (note de bas de page omise)

⁵⁶⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 201 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 612 relative au paragraphe 296).

⁵⁷⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 202. (en italique dans l'original)

⁵⁷¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 197 et 338 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.240 à 7.242, 7.278 et 7.398).

thon produit dans d'autres pêcheries.⁵⁷² Par conséquent, "le fait que les [prescriptions applicables à la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et les prescriptions applicables à toutes les autres pêcheries] *sont* différentes – et *peuvent* avoir des taux d'exactitude différents – ne peut pas, à lui seul, constituer une base permettant de constater que la différence entre les régimes n'est pas impartiale lorsque les profils de risque de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et profils de risque des autres pêcheries sont si radicalement différents".⁵⁷³ Les États-Unis ajoutent que les différences entre les prescriptions applicables sont "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.⁵⁷⁴

7.147. En outre, s'agissant des prescriptions concernant le repérage et la vérification, les États-Unis ne pensent pas comme le Groupe spécial qu'une analyse de l'"adaptation" n'est pas juridiquement pertinente pour la question de savoir si la distinction réglementaire est impartiale car ces prescriptions s'appliquent après que le thon a été capturé. Ils font valoir que, aux fins de l'analyse de l'adaptation, il importe peu de savoir quand un degré quelconque d'inexactitude est introduit dans le système (à savoir au moment de la désignation initiale de l'opération comme étant ou non sans risque pour les dauphins, ou lors du repérage ultérieur des thons). Pour eux, le fait qu'il y a tellement plus de thons capturés lors d'opérations au cours desquelles un dauphin a été tué ou gravement blessé dans une pêche par rapport à d'autres fournit une base permettant de traiter cette pêche différemment.⁵⁷⁵ Par conséquent, les États-Unis estiment que les prescriptions concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon sont compatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.148. Le Mexique présente trois principaux arguments en réponse. Premièrement, il conteste que "adapté" soit équivalent à "impartial" ou à "pas arbitraire ou injustifiable" et que la jurisprudence de l'Organe d'appel concernant l'article 2.1 contienne un "critère de l'adaptation". Deuxièmement, il soutient que la mesure modifiée concernant le thon n'incorpore aucun concept d'"adaptation". Troisièmement, il conteste qu'il existe des différences pertinentes entre l'ETP et d'autres zones océaniques qui pourraient justifier une quelconque distinction réglementaire dans les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification.⁵⁷⁶ Il fait valoir que le Groupe spécial a conclu à juste titre que les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification mettaient en évidence un manque d'impartialité, de sorte que l'on ne pouvait pas dire que l'effet préjudiciable causé par les conditions d'étiquetage différentes de la mesure modifiée concernant le thon découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.149. Le Mexique fait valoir qu'il ne peut pas y avoir d'impartialité dans le fait que la mesure modifiée concernant le thon permette une plus grande proportion de renseignements inexacts quant au statut *Dolphin Safe* en ce qui concerne le thon capturé dans des pêcheries à l'extérieur de l'ETP dont il est allégué qu'elles présentent un risque faible par rapport au thon capturé dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP dont il est allégué qu'elle présente un risque élevé. Ainsi, l'"adaptation" proposée par les États-Unis est clairement arbitraire et injustifiable, et manque d'impartialité parce qu'elle peut aboutir à des renseignements inexacts et trompeurs, ce qui est contraire aux objectifs de la mesure.⁵⁷⁷

7.150. S'agissant des prescriptions différentes concernant la certification, le Mexique affirme que le Groupe spécial a constaté à juste titre qu'elles manquaient d'impartialité parce que les capitaines pouvaient ne pas nécessairement toujours disposer des compétences techniques requises pour établir une certification *Dolphin Safe* exacte. Puisque, selon lui, les États-Unis ne contestent pas que les certifications des capitaines sont moins exactes que les certifications des observateurs agréés par l'AIDCP, "[i]l n'est donc pas contesté que le fait de n'exiger que des certifications de capitaines pour le thon capturé à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP crée une "marge d'erreur", ce qui signifie qu'au moins certains produits du thon contenant du thon non-*Dolphin Safe* capturé à l'extérieur de l'ETP sont étiquetés *Dolphin Safe* de façon incorrecte sur le marché des États-Unis".⁵⁷⁸ Puisque de l'avis du

⁵⁷² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 339.

⁵⁷³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 341. (en italique dans l'original)

⁵⁷⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 342.

⁵⁷⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 344.

⁵⁷⁶ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 58.

⁵⁷⁷ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 175.

⁵⁷⁸ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 123.

Mexique, l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon, qui consiste à "faire en sorte que les consommateurs ne soient pas trompés ou induits en erreur quant à la question de savoir si les produits du thon contiennent du thon capturé d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins", est un objectif "absolu", il s'ensuit que cette différence dans les prescriptions concernant la certification est arbitraire et injustifiable, et manque d'impartialité".⁵⁷⁹

7.151. Le Mexique conteste également l'argument des États-Unis selon lequel les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification sont impartiales parce qu'elles sont "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries. Il souligne que, comme le Groupe spécial l'a constaté à juste titre, le profil de risque de dommage causé aux dauphins n'est plus une considération pertinente après que le thon a été capturé et stocké à bord d'un navire de pêche. Par conséquent, à son avis, il n'y a pas de lien entre les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification et les profils de risque de dommage causé aux dauphins dont il est allégué qu'ils diffèrent en fonction des différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.⁵⁸⁰ Le Mexique rejette également l'avis des États-Unis selon lequel "[a]ux fins de l'analyse de l'adaptation, il importe peu de savoir *quand* un degré quelconque d'inexactitude est introduit dans le système".⁵⁸¹

7.152. À notre avis, ces allégations d'erreur des États-Unis posent plusieurs questions. La première question que nous devons examiner est celle de savoir si, en appliquant la deuxième étape de la prescription relative au "traitement non moins favorable" prévue de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial était tenu d'évaluer si les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification prévues dans la mesure modifiée concernant le thon étaient "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan. S'il était tenu de le faire, une question connexe se poserait, qui serait de savoir si le Groupe spécial a en fait effectué cette analyse. En examinant ces questions, nous devons aussi examiner les questions de savoir si l'impartialité de chaque ensemble de prescriptions pouvait dûment être évaluée séparément et indépendamment des autres éléments de la mesure modifiée concernant le thon et, le cas échéant, si le caractère approprié ou la nature de l'approche adoptée pour évaluer cette impartialité différerait en fonction des différents éléments de la mesure modifiée concernant le thon.

7.153. Nous avons déjà effectué une analyse concernant la première question lorsque nous avons examiné l'appel des États-Unis concernant l'énonciation par le Groupe spécial du critère juridique à appliquer dans la deuxième étape d'une évaluation du point de savoir si un règlement technique accorde un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Nous notons que, pour déterminer si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, les "circonstances propres" à l'affaire peuvent donner des indications sur la façon appropriée d'évaluer l'impartialité dans ce cas spécifique. Tout en reconnaissant l'utilité que peut avoir l'évaluation de l'impartialité d'un examen du point de savoir si l'effet préjudiciable, et les explications données à ce sujet, peuvent être conciliés avec la politique générale poursuivie par la mesure en cause ou s'ils sont rationnellement liés à cette politique, nous avons expliqué qu'il s'agissait-là d'un examen possible qui pouvait être effectué pour déterminer si une distinction réglementaire était arbitraire ou injustifiable et donc non impartiale au titre de l'article 2.1. Cependant, le fait d'adopter une approche trop étroite pour cet examen pourrait conduire un groupe spécial à l'erreur. Afin d'appréhender correctement si une mesure est impartiale, un examen du lien entre les distinctions réglementaires constatées dans la mesure et l'objectif de politique générale de cette mesure peut devoir englober aussi un examen du point de savoir si les différences dans le traitement accordé aux différents groupes de produits en vertu de ces distinctions et l'effet préjudiciable qui en résulte sont disproportionnés compte tenu de l'objectif visé, ou peut devoir être complété par cet examen.⁵⁸²

7.154. Nous avons également expliqué plus haut qu'une évaluation de l'"adaptation" d'une mesure et des distinctions réglementaires que cela entraîne n'est pas, en elle-même et à elle seule, un critère généralement applicable permettant de déterminer si l'effet préjudiciable découle

⁵⁷⁹ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 129. Le Mexique fait valoir que l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon ne permet en aucun cas un certain niveau de mortalité ou de blessures graves "acceptables" dans les renseignements quant au statut *Dolphin Safe*. (*Ibid.*)

⁵⁸⁰ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphes 173 et 174.

⁵⁸¹ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 173 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 344 (en italique dans l'original)).

⁵⁸² Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 347.

exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. En fait, ce terme est une désignation utilisée dans la procédure initiale par les États-Unis et employée par l'Organe d'appel pour vérifier si la mesure initiale concernant le thon était impartiale. De fait, l'Organe d'appel a constaté dans la procédure initiale que "les États-Unis n'[avaient] pas démontré que la différence dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part, était "adaptée" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan".⁵⁸³ Il s'ensuivait que "les États-Unis n'[avaient] pas démontré que l'effet préjudiciable de leur mesure sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁵⁸⁴ L'Organe d'appel a ajouté que, "[d]ans ces circonstances, [il n'était] pas convaincu[] que les États-Unis aient démontré que la mesure était *impartiale* sur les points pertinents".⁵⁸⁵

7.155. Ces passages, à notre avis, démontrent que l'évaluation de l'"impartialité" par l'Organe d'appel dans la procédure initiale était axée sur la question de savoir si la mesure initiale concernant le thon était "adaptée" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques. Ils montrent en outre que la réponse à cette question a été fournie par le biais d'une comparaison des conditions d'accès au label *Dolphin Safe* pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'intérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, d'une part, et de celui qui était appliqué aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de cette pêcherie par des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins, d'autre part. En prenant en considération les arguments des États-Unis comme il l'a fait, l'Organe d'appel a accepté le postulat selon lequel un tel régime ne violerait pas l'article 2.1 s'il était correctement "adapté" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.⁵⁸⁶ Cela, à son tour, indique que, dans le contexte de la procédure initiale, l'Organe d'appel a jugé appropriée une analyse impliquant: premièrement, d'identifier si les différentes méthodes de pêche au thon dans différentes zones océaniques présentaient des risques différents pour les dauphins; et deuxièmement, d'examiner si, compte tenu de ces risques, le traitement différent créé par la distinction réglementaire pertinente montrait que, en fonction des différents groupes, le traitement accordé à chacun était proportionné aux risques pertinents, compte tenu des objectifs de la mesure. Cette évaluation a été effectuée en vue de déterminer si le régime d'étiquetage *Dolphin Safe* initial des États-Unis était impartial.

7.156. Nous considérons également qu'il est approprié pour les Membres de l'OMC de chercher des indications dans le raisonnement exposé dans les rapports adoptés de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux lorsqu'ils cherchent à mettre leurs mesures incompatibles en conformité avec leurs obligations au titre des accords visés. De fait, cela contribue à la sécurité et à la prévisibilité du système commercial multilatéral, ainsi qu'au règlement rapide des différends. Dans la présente procédure de mise en conformité, les États-Unis ont défendu leur régime d'étiquetage *Dolphin Safe* contre l'allégation formulée par le Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC en expliquant pourquoi les distinctions établies dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon découlaient exclusivement d'une distinction réglementaire légitime en des termes très semblables à ceux qu'ils avaient utilisés dans la procédure initiale. Ils ont fait valoir que, dans la mesure où il y avait un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains, en vertu des différences dans les conditions d'étiquetage des produits du thon contenant du thon capturé à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, ces différences s'expliquaient par les risques différents présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.⁵⁸⁷ Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont également présenté un grand nombre d'arguments et d'éléments de preuve pour montrer que les

⁵⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

⁵⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

⁵⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297. (pas d'italique dans l'original)

⁵⁸⁶ Nous pensons aussi comme les États-Unis que l'acceptation d'une telle approche est implicite dans la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle exiger une certification par un observateur, plutôt que par un capitaine, "peut être approprié[] dans des circonstances où les dauphins sont confrontés à des risques élevés de mortalité ou de blessures graves". (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 201 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 612 relative au paragraphe 296))

⁵⁸⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 195 et 196.

risques différents associés à différentes pêcheries expliquaient le traitement différencié accordé dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon.

7.157. Ces considérations nous donnent à penser que l'examen effectué par le Groupe spécial dans cette procédure au titre de l'article 21:5 aurait dû inclure une évaluation du point de savoir si, dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, les différences dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé dans d'autres pêcheries, d'autre part, sont "adaptées" en fonction de la probabilité que les dauphins subiraient des effets nuisibles au cours des opérations de pêche au thon dans les différentes pêcheries.⁵⁸⁸

7.158. Étant parvenus à cette conclusion préliminaire, nous allons ensuite nous pencher plus spécifiquement sur l'examen que le Groupe spécial a bel et bien effectué, y compris la question de savoir si cette analyse englobait une évaluation et une comparaison des risques différents pour les dauphins associés à différentes méthodes de pêche dans les différents océans. Comme nous l'avons indiqué, le Groupe spécial a expliqué que "pour déterminer si un traitement préjudiciable découl[ait] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, un groupe spécial [pouvait] tenir compte de la mesure dans laquelle le traitement préjudiciable identifié s'expliqu[ait] par les objectifs recherchés par la mesure en cause, ou [était] au moins conciliable avec ces objectifs".⁵⁸⁹ Il a constaté que les prescriptions différentes concernant la certification n'étaient pas impartiales parce que "les capitaines [pouvaient] ne pas nécessairement et toujours disposer des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'[avait] été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins, et que cela [pouvait] aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui [était] contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon".⁵⁹⁰ En analysant les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial a constaté qu'il n'existait pas de lien rationnel ou évident entre l'imposition par la mesure modifiée concernant le thon d'une charge moins lourde pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et les objectifs de cette mesure, et qu'aucune des explications données par les États-Unis ne donnait à entendre le contraire.⁵⁹¹ Sur ces bases, le Groupe spécial a constaté que les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, en place en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, n'étaient pas impartiales et ne découlaient donc pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁵⁹²

7.159. À notre avis, la manière dont le Groupe spécial a appliqué le critère juridique pour vérifier l'impartialité des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification présente certaines difficultés. La première, et la plus importante, découle de l'analyse segmentée adoptée par le Groupe spécial. Comme nous l'avons indiqué, les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification fonctionnent avec les conditions de fond de la mesure modifiée concernant le thon pour limiter l'accès au label *Dolphin Safe*. Cela signifie, à notre avis, que ce n'est que lorsque l'on considère les conditions d'accès conjointement que l'on peut comprendre le lien entre les distinctions réglementaires constatées dans la mesure et les objectifs de politique générale de celle-ci. Le fait d'évaluer ces ensembles de prescriptions distincts indépendamment des autres éléments de la mesure peut faire obstacle à une analyse globale de la conception et de la structure de la mesure et de la façon dont elle poursuit ses objectifs. En outre, il apparaît aussi que l'analyse segmentée de la mesure modifiée concernant le thon par le Groupe spécial a conduit celui-ci à négliger le fait que, au moins lorsqu'elle est comparée à la mesure initiale concernant le thon, la mesure modifiée dans son ensemble servait les objectifs consistant à donner des renseignements aux consommateurs et à protéger les dauphins contre les dommages résultant de la pêche au thon. Pour ces raisons, nous considérons que la décision du Groupe spécial d'adopter une approche analytique segmentée l'a empêché d'appliquer dûment le critère juridique qu'il a énoncé.

7.160. Nous allons ensuite examiner si, nonobstant le fait qu'il n'a pas explicitement pris en considération les explications données par les États-Unis concernant les différences entre les

⁵⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 286.

⁵⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.196.

⁵⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233.

⁵⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.392 et 7.400.

⁵⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.233 et 7.401.

ensembles respectifs de prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, le Groupe spécial montre en fait dans ses analyses sur l'impartialité de ces prescriptions qu'il a bel et bien évalué et dûment pris en compte les risques différents associés à la pêche au thon pratiquée dans différentes pêcheries. Si, par exemple, le Groupe spécial a établi que les risques que les différentes zones de pêche et les différentes méthodes de pêche présentaient pour les dauphins étaient les mêmes, alors il se peut qu'il soit dûment arrivé à la conclusion que le fait de les traiter différemment n'était pas "impartial". Si, toutefois, le Groupe spécial a considéré que les profils de risque étaient différents, alors il aurait été nécessaire de pousser plus avant l'examen pour voir si les distinctions réglementaires établies par la mesure modifiée concernant le thon et l'effet préjudiciable qui en résultait pourraient être expliqués comme étant proportionnés aux risques différents associés à la pêche au thon pratiquée dans les différents océans et à l'aide de différentes méthodes de pêche.

7.161. Dans son analyse des critères d'admissibilité, le Groupe spécial a constaté qu'il y avait une différence dans la nature des risques que présentait la méthode de pêche par encerclement des dauphins pour ces derniers, par rapport à d'autres méthodes de pêche. En particulier, il a indiqué qu'il pensait comme les États-Unis que "*même s'il y [avait] des zones de pêche au thon ou [étaient] utilisés ... des types d'engins qui produis[aient] le même nombre de morts et de blessures graves chez les dauphins que celui qui [était] autorisé ou causé dans l'ETP ..., il n'[était] simplement pas établi que ces pêcheries engendr[aient] le même niveau de dommages non observés*".⁵⁹³ Il apparaît qu'en parvenant à cette constatation, le Groupe spécial s'est uniquement centré sur son interprétation selon laquelle les dommages *non observés* différaient entre l'encerclement des dauphins et d'autres méthodes de pêche. Sur cette base, le Groupe spécial a constaté que les nouveaux éléments de preuve ne remettaient pas en cause ni ne contredisaient la constatation formulée dans la procédure initiale selon laquelle l'encerclement des dauphins causait à ces derniers un niveau de dommages non observé qui n'était pas constaté avec d'autres méthodes de pêche. En se centrant uniquement sur son interprétation selon laquelle les dommages *non observés* différaient entre l'encerclement des dauphins et d'autres méthodes de pêche, le Groupe spécial n'a pas examiné les risques relatifs présentés par les méthodes de pêche pertinentes en ce qui concerne la mortalité ou les blessures graves *observées*, et n'a donc pas tranché la question des niveaux généraux de risque dans les différentes pêcheries et la question de savoir dans quelle mesure ils peuvent être comparés les uns aux autres. Cependant, c'était précisément ce genre d'examen qui était au centre de l'analyse de l'Organe d'appel dans la procédure initiale, qui tournait autour de l'évaluation des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* à la lumière des niveaux généraux de risque dans les pêcheries pertinentes, y compris les risques tant de dommages observés que de dommages non observés. De fait, nous rappelons que, dans sa conclusion, l'Organe d'appel a souligné que "la mesure des États-Unis [prenait] *pleinement* en compte les effets nuisibles résultant pour les dauphins de leur encerclement dans l'ETP, alors qu'elle ne "vis[ait] pas la mortalité (observée ou non observée) découlant des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins pratiquées à l'extérieur de l'ETP".⁵⁹⁴ Par conséquent, nous ne considérons pas que, en examinant les critères d'admissibilité, le Groupe spécial montre dans son analyse qu'il a bel et bien évalué et dûment pris en compte les risques différents associés à la pêche au thon pratiquée dans les différents océans et à l'aide de différentes méthodes de pêche d'une manière qui lui aurait permis d'évaluer dûment les arguments des parties concernant l'impartialité des distinctions réglementaires de la mesure modifiée concernant le thon.

7.162. En évaluant les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, le Groupe spécial a indiqué qu'il considérerait que ces deux distinctions réglementaires n'étaient pertinentes "que pour le thon admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* et destiné à recevoir ce label".⁵⁹⁵ Par conséquent, à son avis, "le thon qui n'est pas admissible au bénéfice de ce label (c'est-à-dire le thon capturé par encerclement de dauphins) ou qui n'est pas destiné à être vendu sous le label *Dolphin Safe* n'est pas affecté par ces distinctions réglementaires".⁵⁹⁶ Nous croyons comprendre par-là que, comme son analyse de l'effet préjudiciable de chacune de ces trois distinctions, les analyses du Groupe spécial sur l'impartialité des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification comportaient dans chaque cas une comparaison

⁵⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.135 (citant la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 113 (en italique dans l'original)).

⁵⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.544). (en italique dans l'original)

⁵⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.143.

⁵⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.143.

du traitement accordé aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP autrement que lors d'une expédition au moyen de l'encerclement des dauphins, d'une part, avec le traitement accordé aux produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP autrement que lors d'une expédition au moyen de l'encerclement des dauphins, d'autre part. Comme il est expliqué plus bas, cependant, on ne voit pas très clairement si le Groupe spécial a considéré, aux fins de ces analyses, que les risques respectifs présentés pour les dauphins dans ces pêcheries comparées étaient les mêmes, étaient différents ou simplement n'étaient pas pertinents pour ses analyses. Le Groupe spécial n'a pas explicitement indiqué non plus s'il considérait que les risques respectifs présentés pour les dauphins identifiés par le Groupe spécial initial, et "réaffirm[és]"⁵⁹⁷ par ce Groupe spécial, dans son analyse des critères d'admissibilité, étaient aussi pertinents pour l'analyse de l'impartialité des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification.

7.163. En examinant les prescriptions différentes concernant la certification, le Groupe spécial a consacré la majeure partie de son raisonnement à une comparaison des différentes tâches accomplies par les observateurs dans l'ETP et les capitaines, ainsi que de leur expertise, apprentissage et formation respectifs aux fins de l'établissement de certifications. En particulier, il a fondé sa constatation selon laquelle "les prescriptions différentes concernant la certification [n'étaient] pas impartiales" sur la conclusion que "les capitaines [pouvaient] ne pas nécessairement et toujours disposer des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'[avait] été tué ou gravement blessé" et que "cela [pouvait] aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui [était] contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon".⁵⁹⁸ Le raisonnement du Groupe spécial n'inclut que des références limitées aux risques présentés pour les dauphins dans les pêcheries pertinentes et ne traite pas la question de savoir si, compte tenu des profils de risque, le traitement différent créé par les distinctions réglementaires pertinentes montre que, en fonction des différents groupes, le traitement accordé à chaque groupe s'explique par les risques pertinents, et s'il est adapté de manière appropriée à ces risques. Ayant identifié le "principal problème que pose la mesure modifiée concernant le thon" comme étant que "les États-Unis n'ont pas expliqué pourquoi leur mesure supposait que les capitaines disposaient des compétences nécessaires pour établir des certifications exactes", le Groupe spécial a indiqué que "[p]ar conséquent", il n'était "pas convaincu[]" que les prescriptions différentes concernant la certification, telles qu'elles [étaient] actuellement conçues, pren[aient] suffisamment en compte les "risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan".⁵⁹⁹ Bien que cette déclaration puisse être lue comme donnant à penser que le Groupe spécial a reconnu qu'un examen des profils de risque différents attachés aux différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques aurait pu être pertinent pour son analyse, il ne nous apparaît pas qu'un tel examen fasse partie de l'analyse du Groupe spécial ni qu'il ait servi de fondement à ses conclusions.⁶⁰⁰

7.164. Comme il a été noté plus haut, le Groupe spécial a également analysé l'impartialité des prescriptions concernant la certification en supposant, pour les besoins de l'argumentation, que la charge de la preuve incombait aux États-Unis, plutôt qu'au Mexique. Dans son autre analyse, il a expliqué certains faits liés aux risques présentés pour les dauphins par diverses méthodes de pêche dans différentes zones océaniques. Il a accepté l'argument des États-Unis concernant le "caractère spécial et, à certains égards, "unique" des dommages causés aux dauphins par la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP".⁶⁰¹ Il a estimé que les

⁵⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126.

⁵⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233.

⁵⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.234 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297).

⁶⁰⁰ Même s'il n'apparaît pas qu'une évaluation des risques différents pour les dauphins ait guidé le Groupe spécial dans le contexte de son analyse de l'allégation du Mexique relative aux prescriptions concernant la certification, aux paragraphes 7.195 à 7.234 de son rapport, le Groupe spécial a bien examiné dans son analyse des critères d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve présentés dans le cadre de la procédure de mise en conformité concernant les "dommages" causés aux dauphins à l'intérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport à d'autres pêcheries. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.129 à 7.135) Cependant, nous notons que, dans son analyse des critères d'admissibilité, il est apparu que le Groupe spécial examinait des groupes de produits du thon différents de ceux qu'il examinait dans son analyse des prescriptions concernant la certification.

⁶⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.238.

arguments et les éléments de preuve du Mexique concernant l'association entre les thons et les dauphins, et la prévalence de l'encerclement des dauphins à l'extérieur de l'ETP n'étaient pas suffisants pour réfuter l'argument des États-Unis selon lequel la situation dans l'ETP est unique ou différente d'une façon qui justifierait la manière différente dont sont traitées la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et les autres pêcheries.⁶⁰² Compte tenu de cela, il a fait observer qu'il "constater[ait] que les États-Unis [avaient] établi *prima facie* que les prescriptions différentes concernant la certification découl[aient] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁶⁰³ Pour nous, il apparaît que, dans cette partie de son raisonnement, le Groupe spécial a employé un concept qui ressemble à celui de l'"adaptation". Cependant, en définitive, il a conclu que les prescriptions différentes concernant la certification n'étaient pas impartiales. Signalant que les États-Unis n'avaient pas réfuté les éléments de preuve présentés par le Mexique concernant la complexité de la certification du statut *Dolphin Safe* d'une prise de thons, il a indiqué qu'il "constater[ait] que les États-Unis n'[avaient] pas suffisamment expliqué pourquoi ils suppos[aient] que les capitaines [pouvaient] se charger d'une activité dont la mesure modifiée concernant le thon elle-même reconnaissait qu'elle [était] très complexe et qui nécessit[ait] une formation et un apprentissage".⁶⁰⁴ Pour le Groupe spécial, l'absence d'explications concernant les capacités techniques des capitaines signifiait qu'il ne pouvait pas être considéré que les prescriptions différentes concernant la certification étaient impartiales et de ce fait découlaient *exclusivement* d'une distinction réglementaire légitime.⁶⁰⁵

7.165. Il nous apparaît que certains aspects de cette partie de l'analyse du Groupe spécial donnent à penser que ce dernier a réfléchi aux profils de risque respectifs associés à différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques. Ainsi, par exemple, le Groupe spécial a expliqué que la distinction entre les différentes méthodes de pêche était "particulièrement importante" étant donné que l'encerclement était "foncièrement danger[eux]" pour les dauphins, même si on ne voit aucun dauphin tué ou gravement blessé, "parce que cette interaction [avait] des effets délétères non observables sur le bien-être physique et émotionnel des dauphins".⁶⁰⁶ En même temps, nous notons que, nonobstant le fait qu'il avait déclaré que le traitement accordé aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement de dauphins ne serait pas pertinent pour ses analyses des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, l'examen par le Groupe spécial des profils de risque respectifs semble avoir été exclusivement axé sur cette technique de pêche. Nous ne sommes pas sûrs que, dans le contexte des prescriptions différentes concernant la certification, le Groupe spécial ait en définitive considéré que les profils de risque des pêcheries pertinentes à l'origine des différents groupes de produits du thon étaient les *mêmes* ou étaient *différents*. En outre, la conclusion finale du Groupe spécial que les prescriptions différentes concernant la certification n'étaient pas impartiales au titre de l'article 2.1 s'expliquait par le fait que les États-Unis n'avaient pas "suffisamment expliqué pourquoi ils suppos[aient] que les capitaines [pouvaient] se charger d'une activité dont la mesure modifiée concernant le thon elle-même reconnaissait qu'elle [était] très complexe et qui nécessit[ait] une formation et un apprentissage".⁶⁰⁷ Par conséquent, bien que le concept de risques différents présentés pour les dauphins dans les différentes pêcheries semble avoir joué un certain rôle dans l'analyse du Groupe spécial, nous ne considérons pas que cette analyse englobait une identification claire des risques respectifs ou une évaluation du point de savoir si ces risques

⁶⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.241. Le Groupe spécial a souligné que les éléments de preuve présentés par le Mexique donnaient à penser que, "même s'il [pouvait] y avoir des interactions entre les thons et les mammifères marins, y compris les dauphins, à l'extérieur de l'ETP, "dans les océans Atlantique, Indien, et Pacifique occidental, les dauphins [ne s'associaient pas aux thons] aussi systématiquement qu'ils le [faisaient] dans les eaux tropicales du Pacifique Est". (Ibid. (citant National Marine Fisheries Service, *An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Ocean*, Administrative Report LJ-96-20 (November 1996) (pièce MEX-40 présentée au Groupe spécial), page 2)) Il a ajouté que, "même si des dauphins [pouvaient] de façon occasionnelle et accessoire être encerclés à l'extérieur de l'ETP, c'[était] uniquement à l'intérieur de l'ETP que l'encerclement des dauphins [était] pratiqué d'une manière constante ou "systématique". (Ibid., paragraphe 7.242)

⁶⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.245.

⁶⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.246.

⁶⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.246. (en italique dans l'original)

⁶⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.244.

⁶⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.246.

étaient pris en compte d'une manière impartiale par les prescriptions différentes concernant la certification.⁶⁰⁸

7.166. En analysant l'impartialité des prescriptions concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification étaient justifiées ou expliquées au vu du niveau de risque plus élevé pour les dauphins dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Il a expliqué qu'un risque plus élevé "n'expliqu[ait] pas pourquoi les prescriptions concernant le repérage et la vérification, qui de par leur nature même concern[aient] les déplacements du poisson *après sa capture*, différ[aient] selon les pêcheries au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique".⁶⁰⁹ Selon lui, les "profils de risque différents" des différentes pêcheries peuvent expliquer les distinctions réglementaires concernant les critères d'admissibilité des méthodes de pêche, ainsi que la nécessité qu'un observateur indépendant assure une surveillance et établisse des certifications pendant et immédiatement après l'activité de pêche elle-même, mais n'expliquent pas les prescriptions concernant le repérage et la vérification, qui sont déclenchées *après* que le thon a été capturé.⁶¹⁰ Nous ne sommes pas convaincus que, comme le Groupe spécial semble l'avoir pensé, des examens des similitudes et des différences entre les risques puissent ne pas être reflétés dans toutes les étapes de la capture ainsi que du transport et de la transformation ultérieurs du thon, et ne pas être pertinents pour ces étapes. Notre lecture est que le Groupe spécial était d'avis que les profils de risque *changeraient* ou ne seraient *plus pertinents* pour l'analyse de l'"impartialité" simplement parce que ces prescriptions réglementent une situation qui se produit après que le thon a été capturé. À notre avis, cette approche du Groupe spécial ne semble pas s'accorder avec son propre raisonnement selon lequel l'exactitude du label *Dolphin Safe* des États-Unis peut être compromise à n'importe quelle étape du processus de production du thon, ce qui est contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon.⁶¹¹ En outre, nous considérons que l'approche du Groupe spécial va à l'encontre de nos observations selon lesquelles une évaluation de l'impartialité de la mesure modifiée concernant le thon doit tenir compte du fait que ses divers éléments – les critères d'admissibilité et les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification – établissent une série de conditions d'accès au label *Dolphin Safe* qui sont cumulatives et fortement corrélées.

7.167. À la lumière de ces considérations, il est clair que, puisque le Groupe spécial n'a pas considéré que les risques pour les dauphins étaient pertinents pour son analyse de l'impartialité des prescriptions concernant le repérage et la vérification, il n'a pas cherché à identifier ces risques en ce qui concerne le thon admissible capturé tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP dans cette partie de son analyse. Il n'a pas non plus comparé les prescriptions différentes concernant le repérage et la

⁶⁰⁸ En revanche, l'analyse du membre du Groupe spécial ayant rédigé une opinion séparée sur l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification examine expressément la notion de "profil de risque" et la façon dont elle s'applique aux différentes pêcheries dans le présent différend, en utilisant le terme "adaptation". (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.276 et 7.282) Toutefois, nous ne considérons pas nécessairement que, en évaluant l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification, ce membre du Groupe spécial a procédé à une évaluation complète des différents niveaux de risque dans différentes pêcheries. En fait, les conclusions tirées reposaient sur l'observation générale selon laquelle "étant donné le niveau de risque plus élevé dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, ["particulièrement dommageable" par opposition à "de manière générale, considérablement moins grave"]" dans les pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP], ... les États-Unis sont tout à fait impartiaux en tolérant une marge d'erreur plus faible dans cette pêche et, par conséquent, en exigeant la présence d'observateurs dans cette pêche mais pas dans les autres". (*Ibid.*, paragraphe 7.258)

⁶⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.398. (en italique dans l'original)

⁶¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.398.

⁶¹¹ Nous rappelons que, dans le contexte des prescriptions concernant la certification, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas réfuté la démonstration du Mexique selon laquelle les capitaines pouvaient ne pas nécessairement et toujours disposer des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé, et que cela pouvait aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui était contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233) De même, dans le contexte des prescriptions concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial a indiqué que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification avaient un effet préjudiciable sur le thon et les produits du thon mexicains, y compris parce qu'elles pouvaient augmenter la probabilité que le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes soit étiqueté *Dolphin Safe* de façon incorrecte. (*Ibid.*, paragraphe 7.391)

vérification à la lumière de ces risques et des objectifs de la mesure modifiée concernant la protection des dauphins et la communication de renseignements exacts aux consommateurs.

7.168. À titre d'argument additionnel, les États-Unis soutiennent que tout effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime car les différences donnant lieu à l'effet préjudiciable peuvent s'expliquer par une raison légitime et non discriminatoire, à savoir que ces différences rendent compte du fait que les parties à l'AIDCP ont consenti à imposer un programme d'observateur unique à leurs branches de production du thon, alors que d'autres autorités réglementaires n'ont pas imposé de telles prescriptions.⁶¹² En principe, nous n'excluons pas que le fait que la mesure modifiée concernant le thon expose des règles pour la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP reflétant des prescriptions imposées au titre de l'AIDCP puisse être *pertinent* pour la question de savoir si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, en particulier parce qu'il peut permettre de mieux comprendre les raisons d'être des distinctions établies, ainsi que le lien entre ces distinctions et les objectifs de la mesure pertinente. Pourtant, le fait de lier *certain*s aspects d'une mesure à un accord international ne suffit pas, à lui seul, pour établir que la mesure n'incarne pas une discrimination d'un type prohibé par l'article 2.1. En outre, nous faisons observer que, même s'il n'y a aucune réglementation internationale comparable à l'AIDCP en ce qui concerne toutes les zones de pêche au thon autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon énonce des *conditions* pour ces zones de pêche au thon. Dans la présente affaire, la distinction réglementaire pertinente établie par la mesure modifiée concernant le thon consiste en des prescriptions applicables aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, par rapport aux prescriptions applicables aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans d'autres pêcheries. Comme nous l'avons dit plus haut, pour évaluer l'impartialité de la mesure modifiée concernant le thon, il faut examiner les deux aspects des distinctions réglementaires qu'elle établit. Cependant, l'AIDCP est principalement pertinent pour un aspect de cette distinction réglementaire: les prescriptions applicables au thon capturé dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. En outre, nous faisons observer que les prescriptions pertinentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification que la mesure modifiée concernant le thon applique en ce qui concerne le thon capturé dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et celles de l'AIDCP ne sont *pas* identiques ou n'ont pas la même portée, en particulier du fait que la mesure modifiée concernant le thon, contrairement à l'AIDCP, exclut de l'accès au label *Dolphin Safe* tous les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins.

7.169. En résumé, eu égard aux circonstances du présent différend et à la nature des distinctions établies au titre de la mesure modifiée concernant le thon, nous sommes d'avis que, en appliquant la deuxième étape de la prescription relative au "traitement non moins favorable" prévue à l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial était tenu d'évaluer si les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification étaient "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques. Notre examen du rapport du Groupe spécial montre que l'analyse effectuée par ce dernier n'englobait pas d'examen des risques relatifs de dommage découlant pour les dauphins de différentes techniques de pêche dans différentes zones océaniques, ni du point de savoir si les distinctions faites par la mesure modifiée concernant le thon pour ce qui est des conditions d'accès différentes au label *Dolphin Safe* s'expliquaient par les profils relatifs. Nous considérons donc que le Groupe spécial n'a pas tenu pleinement compte des "circonstances particulières" de la présente affaire, y compris "la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application" de la mesure modifiée concernant le thon, ainsi que la façon dont des circonstances similaires touchant à la mesure initiale concernant le thon avaient été évaluées dans le cadre de la procédure initiale. De plus, en raison de l'approche segmentée qu'il a adoptée dans ses analyses des ensembles différents de prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, le Groupe spécial n'a pas dûment appliqué le critère juridique qu'il avait identifié comme étant pertinent pour une évaluation de l'impartialité, à savoir "si [le traitement] préjudiciable [pouvait] être concilié avec la politique générale poursuivie par la mesure en cause ou [s'il était] rationnellement lié[] à cette politique".⁶¹³ Il a donc fait erreur dans ses évaluations

⁶¹² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 209 et 347.

⁶¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91.

distinctes de l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification, et des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification. Par conséquent, nous constatons que, en évaluant l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification ne sont pas "impartiales", le Groupe spécial a fait erreur dans son application de la deuxième étape du critère du "traitement non moins favorable" prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.2.3.2.3.3 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que, du fait des dispositions relatives aux déterminations, l'effet préjudiciable ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime

7.170. Les États-Unis formulent deux contestations au sujet des constatations du Groupe spécial concernant les "dispositions relatives aux déterminations". Premièrement, ils font valoir que, en constatant que la "lacune" dans les dispositions relatives aux déterminations ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, le Groupe spécial a fait erreur en plaçant indûment la cause du Mexique. Deuxièmement, ils soutiennent que le Groupe spécial a fait erreur en formulant ses constatations concernant les dispositions relatives aux déterminations sur la base uniquement de la conception de ces dispositions, et non de leur application.⁶¹⁴

7.171. Avant de traiter les allégations des États-Unis, nous rappelons tout d'abord l'explication des dispositions relatives aux déterminations donnée par le Groupe spécial ainsi que les principales constatations de ce dernier concernant ces dispositions. Après être parvenu à ses conclusions concernant les certifications des capitaines, le Groupe spécial a examiné un aspect additionnel de la mesure modifiée concernant le thon dont il estimait qu'il se rapportait à son analyse de l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification et avait une "certaine importance"⁶¹⁵ pour cette analyse. Il a noté que les États-Unis avaient confirmé en réponse à une question qu'il leur avait posée que la détermination de l'existence d'une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes prévue à l'article 216.91 a) 4) iii) du règlement d'application ne s'appliquait pas aux pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, et que la détermination de l'existence d'une association régulière et importante qui pouvait être faite conformément à l'article 216.91 a) 2) i) de ce règlement s'appliquait uniquement à la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP.⁶¹⁶ À cet égard, le Groupe spécial a formulé la constatation ci-après:

[I]l apparaît que les dispositions relatives aux déterminations réduisent l'éventail des circonstances dans lesquelles la présence d'observateurs peut être exigée à l'extérieur de la pêche à la senne des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP (ou dans la pêche à la senne des petits navires équipés de sennes coulissantes à l'intérieur de l'ETP), ce qui renforce encore le traitement moins favorable causé par les prescriptions différentes concernant la certification. La raison en est que les dispositions relatives aux déterminations sont conçues de telle façon que des produits du thon similaires peuvent être assujettis à des prescriptions différentes même dans les cas où, en fait, les conditions dans une pêche à la senne située en dehors de l'ETP (ou dans une pêche à la senne de petits navires équipés de sennes coulissantes à l'intérieur de l'ETP) sont les mêmes que celles qui existent dans la pêche à la senne des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Il nous semble donc que ces dispositions représentent une autre façon pour la mesure modifiée concernant le thon de manquer d'impartialité dans son traitement des différentes méthodes de pêche au thon dans les différents océans, et peuvent aussi faciliter un étiquetage *Dolphin Safe* incorrect du thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, ce qui modifie les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains.⁶¹⁷

⁶¹⁴ L'affirmation additionnelle des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en ne fondant pas ses constatations concernant les dispositions relatives aux déterminations sur des éléments de preuve suffisants est examinée dans la sous-section suivante.

⁶¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.247.

⁶¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.249 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial, paragraphe 295).

⁶¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.258. (note de base de page omise)

7.172. De plus, le Groupe spécial a été d'avis qu'"il appara[issait] que les dispositions relatives aux déterminations [étaient] arbitraires en ce sens qu'elles [étaient] difficiles à concilier avec les objectifs recherchés par la mesure modifiée concernant le thon elle-même, ou à justifier au regard de ces objectifs."⁶¹⁸ Il a noté que les États-Unis n'avaient pas expliqué pourquoi les navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP ne pouvaient pas faire l'objet d'une déclaration indiquant qu'ils causaient une mortalité régulière et importante des dauphins.⁶¹⁹ Par ailleurs, il a exprimé des doutes quant à l'argument des États-Unis selon lequel l'existence et la nature de l'association entre les thons et les dauphins n'avaient aucun effet sur le taux de mortalité ou de blessures graves causées par les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins, et a observé que cela semblait incompatible avec la propre explication des États-Unis quant aux raisons pour lesquelles des observateurs étaient nécessaires dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁶²⁰

7.173. Pour ces raisons, le Groupe spécial a dit qu'il considérait que les dispositions relatives aux déterminations révélaient une "lacune" dans les procédures de certification appliquées à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁶²¹ Il a souligné qu'"une détermination de l'existence d'une mortalité régulière et importante ne [pouvait] pas être établie dans le cas des pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, et [qu']une détermination de l'existence d'une association entre les thons et les dauphins régulière et importante ne [pouvait] pas être établie dans le cas des pêcheries autres qu'à la senne coulissante."⁶²² Cela voulait dire que, dans certains cas, les pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP pouvaient être traitées de façon différente, et moins contraignante, dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, même dans les cas où les conditions existant dans ces pêcheries ressemblaient à celles qui existaient dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, du point de vue du taux de mortalité des dauphins ou du niveau de l'association entre les thons et les dauphins. Le Groupe spécial a donc été d'avis que, du fait des dispositions relatives aux déterminations, les procédures différentes concernant la certification manquaient d'impartialité.⁶²³ Par ailleurs, bien qu'un membre du Groupe spécial ait été en désaccord avec la majorité des membres du Groupe spécial au sujet de l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification prévues par la mesure modifiée concernant le thon, ce membre est convenu avec la majorité que "le fait qu'on ne [pouvait] pas déterminer qu'il y [avait] une mortalité régulière et importante dans le cas des pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, et le fait qu'on ne [pouvait] pas déterminer qu'il y [avait] une association régulière et importante entre les thons et les dauphins dans le cas des pêcheries autres qu'à la senne coulissante, n'[avait] pas été expliqué ni justifié" et que, par conséquent, cet aspect des prescriptions différentes concernant la certification était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁶²⁴

Question de savoir si le Groupe spécial a indûment plaidé la cause du Mexique en formulant ses constatations concernant les dispositions relatives aux déterminations

7.174. Les États-Unis affirment que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les dispositions relatives aux déterminations "représent[aient] une autre façon" pour les prescriptions concernant la certification de "manquer d'impartialité".⁶²⁵ Selon eux, "le Mexique n'[avait] avancé aucun argument affirmatif concernant les dispositions relatives aux déterminations lors de la présentation de ses moyens de preuve pour son allégation au titre de l'article 2.1" et, par voie de conséquence, les États-Unis n'ont présenté aucun contre-argument à cet égard.⁶²⁶ Toutefois, le Groupe spécial a soulevé la question de sa propre initiative dans ses questions écrites aux États-Unis, et il est parvenu à ses conclusions malgré le fait que le Mexique n'a "établi un lien explicite" entre les dispositions relatives aux déterminations et ses allégations au titre de l'article 2.1 que lorsqu'il a présenté ses observations sur les réponses des États-Unis aux questions

⁶¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.259.

⁶¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.260.

⁶²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261.

⁶²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.263.

⁶²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.263. (notes de bas de page omises)

⁶²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.258.

⁶²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.282 et 7.283.

⁶²⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 213 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.281).

⁶²⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 218. (italique dans l'original)

du Groupe spécial.⁶²⁷ Par conséquent, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a indûment présenté des éléments *prima facie* à la place du plaignant et déchargé le Mexique de son devoir de prouver ses allégations au titre de l'article 2.1.⁶²⁸

7.175. Le Mexique rejette l'allégation des États-Unis et observe qu'il a identifié les dispositions relatives aux déterminations dans sa première communication écrite, dans laquelle il a expliqué que le Département du commerce des États-Unis (USDOC) n'avait jamais formulé la moindre détermination au titre de ces dispositions⁶²⁹, ainsi que dans ses réponses aux questions du Groupe spécial, dans lesquelles il a fait valoir que le fait que l'USDOC n'avait formulé aucune détermination de ce type était une "manifestation d'arbitraire".⁶³⁰ Le Mexique reconnaît qu'il n'a pas fait valoir que "les dispositions relatives aux déterminations elles-mêmes entraîn[ai]ent directement un effet préjudiciable".⁶³¹ Toutefois, à son avis, il n'avait pas à le faire parce que l'effet préjudiciable pertinent du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis avait été établi définitivement par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure initiale. De plus, pour examiner si les dispositions relatives aux déterminations étaient impartiales, il était approprié que le Groupe spécial se concentre sur "leur conception, leurs principes de base et leur structure révélatrice", parce que ces dispositions "n'[avaient] jamais été appliquées".⁶³²

7.176. Pour examiner cette question, nous rappelons d'abord que, bien que les groupes spéciaux aient une certaine latitude pour élaborer leur raisonnement et décider sur quels éléments de preuve versés au dossier ils veulent s'appuyer pour parvenir à leurs constatations⁶³³, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu. Au contraire, il est limité par la prescription voulant que le plaignant s'acquitte de la charge de la preuve qui lui incombe en présentant des éléments de preuve et arguments suffisants pour établir des éléments *prima facie* pour chacun des éléments de ses allégations.⁶³⁴ Cela ne veut pas dire qu'un plaignant doit nécessairement présenter *tous* les éléments de preuve et arguments pertinents pour la question de la compatibilité de la mesure avec les accords visés. Cependant, il doit au moins présenter des arguments et éléments de preuve qui, en l'absence de réfutation effective par le défendeur, permettraient à un groupe spécial de se prononcer en sa faveur.⁶³⁵ Un groupe spécial ne peut pas user de son pouvoir de poser des questions pour plaider la cause du plaignant⁶³⁶, ni pour compenser l'absence d'arguments de la part d'une partie.⁶³⁷

7.177. Toutefois, lorsque le plaignant a établi des éléments *prima facie*, un groupe spécial peut en principe s'appuyer sur les arguments et éléments de preuve versés au dossier ou élaborer son propre raisonnement pour parvenir à ses constatations⁶³⁸, à condition de le faire conformément aux prescriptions en matière de régularité de la procédure. Bien que des arguments puissent être progressivement affinés au fil de la procédure⁶³⁹, chaque partie doit se voir ménager une possibilité véritable de formuler des observations sur les arguments et éléments de preuve présentés par l'autre partie.⁶⁴⁰ Enfin, un groupe spécial n'est pas tenu de tester auprès des parties

⁶²⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 219.

⁶²⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 225 et 226.

⁶²⁹ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 137 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 21, 41 et 290).

⁶³⁰ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 137 (faisant référence aux réponses du Mexique aux questions n° 21 et 22 du Groupe spécial).

⁶³¹ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 139.

⁶³² Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 139.

⁶³³ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 192; *CE – Hormones*, paragraphe 156; *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 166; *États-Unis – Jeux*, paragraphe 280; *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 156; et *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.215.

⁶³⁴ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140; et *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 17.

⁶³⁵ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Japon – Pommes*, paragraphe 159; et *CE – Hormones*, paragraphe 98.

⁶³⁶ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 343; et *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 129.

⁶³⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 566.

⁶³⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 282.

⁶³⁹ Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 141; *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 88; *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 181; et *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 121.

⁶⁴⁰ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 150; *Australie – Saumons*, paragraphe 278; et *États-Unis – Jeux*, paragraphe 270.

le raisonnement qu'il entend faire.⁶⁴¹ Cependant, la régularité de la procédure pourrait être compromise dans les cas où le groupe spécial adopterait une approche qui s'écarterait si radicalement des arguments présentés par les parties que celles-ci en seraient réduites à deviner quelle preuve elles devraient présenter.⁶⁴²

7.178. Gardant ces considérations à l'esprit, nous exposons brièvement la progression des arguments des parties et l'examen du Groupe spécial concernant les dispositions relatives aux déterminations au cours de la procédure. Dans sa première communication écrite, le Mexique a fait référence aux dispositions relatives aux déterminations en notant, entre autres choses, que l'USDOC n'avait jamais défini l'expression "régulière et importante", ni déterminé qu'il y avait soit une association régulière entre les thons et les dauphins, soit une mortalité ou des blessures graves des dauphins pour les pêcheries à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁶⁴³ Il s'est fondé sur l'absence de telles déterminations pour étayer son point de vue selon lequel les prescriptions concernant la certification manquaient d'impartialité.⁶⁴⁴ Après la première réunion de fond, le Groupe spécial a envoyé aux parties une série de questions écrites afin d'étudier plus en détail l'application des dispositions relatives aux déterminations par l'Administrateur. En réponse aux questions du Groupe spécial, les deux parties ont confirmé que l'Administrateur n'avait fait aucune détermination de l'existence d'une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes, ou d'une association régulière et importante entre les thons et les dauphins.⁶⁴⁵

7.179. Le Groupe spécial a également posé aux États-Unis un certain nombre de questions concernant le fonctionnement des dispositions relatives aux déterminations. En particulier, il leur a demandé de confirmer son interprétation selon laquelle, si l'Administrateur adjoint du NMFS déterminait l'existence d'une association régulière et importante entre les dauphins et les thons pour une pêcherie donnée, la surveillance par des observateurs par là même imposée concernerait uniquement les navires équipés de sennes coulissantes (par opposition à tous les navires) opérant dans cette pêcherie. Les États-Unis ont confirmé l'interprétation du Groupe spécial.⁶⁴⁶ Après avoir reçu des réponses écrites des parties à sa série initiale de questions écrites, le Groupe spécial a aussi demandé aux parties de confirmer si son interprétation ci-après était correcte:

... il ne peut jamais être exigé des grands et des petits navires équipés de sennes coulissantes opérant dans des pêcheries à l'extérieur de l'ETP qu'ils aient des observateurs à leur bord pour cause d'"une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes des dauphins". La présence d'observateurs peut être exigée dans ces pêcheries uniquement s'il y a "une association régulière et importante entre les dauphins et les thons semblable à celle qui existe dans l'ETP". À l'inverse, ... il peut seulement être exigé des navires non équipés de sennes coulissantes opérant dans des pêcheries à l'extérieur de l'ETP, ainsi que des petits navires équipés de sennes coulissantes opérant dans les pêcheries à l'intérieur de l'ETP, qu'ils aient des observateurs à leur bord lorsqu'ils causent "une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins". En ce qui concerne ces catégories, il ne peut pas être établi de détermination de l'existence d'"une association régulière et importante".⁶⁴⁷

7.180. Dans sa réponse à cette question, le Mexique a dit que les dispositions relatives aux déterminations étaient conçues de façon à ce que: i) "même si les navires équipés de sennes coulissantes opérant dans une zone située à l'extérieur de l'ETP entraînaient une mortalité importante des dauphins, cette zone ne pourrait jamais faire l'objet d'une détermination de l'existence d'une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes des dauphins sur cette

⁶⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 1137.

⁶⁴² Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), note de bas de page 2323 relative au paragraphe 1137; et *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 347.

⁶⁴³ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 289 et 290.

⁶⁴⁴ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 295 et 304.

⁶⁴⁵ Réponses du Mexique aux questions n° 21, paragraphe 93, et 22, paragraphe 95, du Groupe spécial; réponses des États-Unis aux questions n° 21, paragraphes 133 et 134, et 22, paragraphe 145, du Groupe spécial.

⁶⁴⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 55 du Groupe spécial, paragraphe 280.

⁶⁴⁷ Question n° 60 du Groupe spécial aux deux parties.

base"⁶⁴⁸; et ii) "même si les dauphins étaient étroitement associés à la pêche à la palangre ... la mesure modifiée concernant le thon ne permet[tait] pas une détermination selon laquelle cette association dans une pêcherie [était] "régulière et importante" de sorte qu'une prescription concernant les observateurs puisse être imposée pour tous les thons provenant de cette pêcherie qui étaient étiquetés *Dolphin Safe*".⁶⁴⁹ Selon le Mexique, ces caractéristiques des dispositions relatives aux déterminations étaient "arbitraires".⁶⁵⁰ Dans leur réponse à la question du Groupe spécial, les États-Unis ont noté que les dispositions relatives aux déterminations "prévo[yaient] de manière appropriée la possibilité que l'association dans l'ETP ne soit pas unique" et que "d'autres pêcheries (à la palangre, à la ligne à main, etc.) puissent aussi, comme la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, être si problématiques qu'il serait approprié d'exiger une déclaration d'un observateur attestant le statut *Dolphin Safe* d'un produit du thon contenant du thon pêché dans ces pêcheries".⁶⁵¹ De plus, ils ont réaffirmé qu'à leur avis, le Mexique "n'[avait] pas formulé d'allégation" selon laquelle toute différence entre les deux types de déterminations était incompatible avec les accords visés, et n'avait donc "pas présenté d'éléments *prima facie* concernant les [dispositions relatives aux] déterminations".⁶⁵² Enfin, le Mexique a établi un lien entre les caractéristiques des dispositions relatives aux déterminations qu'il avait précédemment qualifiées d'autre manifestation d'"arbitraire"⁶⁵³ et son argument concernant l'"absence d'un "lien rationnel" entre" l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon et l'objectif de la mesure".⁶⁵⁴

7.181. Comme le Groupe spécial, nous estimons que les dispositions relatives aux déterminations "font partie intégrante du système de certification mis en place par la mesure modifiée concernant le thon".⁶⁵⁵ Par conséquent, elles sont pertinentes pour l'analyse du point de savoir si les États-Unis ont rendu leur régime d'étiquetage *Dolphin Safe* conforme aux recommandations et décisions de l'ORD. De plus, il ne nous semble pas que les États-Unis auraient pu ne pas avoir connaissance des questions de droit ayant trait au rôle des dispositions relatives aux déterminations au cours de la présente procédure au titre de l'article 21:5. En particulier, les rapports du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel font référence à plusieurs reprises aux dispositions relatives aux déterminations et à leur teneur.⁶⁵⁶ Par exemple, le Groupe spécial initial a observé qu'il n'avait pas connaissance qu'un quelconque processus ou une quelconque procédure ait été établi ou engagé, conformément au régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis, pour déclencher une détermination de l'existence d'une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes des dauphins.⁶⁵⁷ L'Organe d'appel a aussi fait référence aux dispositions relatives aux déterminations dans le cadre de son analyse du rôle que jouerait une prescription voulant qu'un observateur indépendant certifie qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé au moment de déterminer si les dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient "adaptées" en fonction des risques découlant des techniques de pêche autres que l'encerclement des dauphins.⁶⁵⁸ Dans la présente procédure de mise en conformité, les dispositions relatives aux déterminations relèvent du mandat du Groupe spécial étant donné qu'elles ont été indiquées par le Mexique dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. De plus, dans sa première communication écrite, le Mexique a identifié les dispositions relatives aux déterminations dans le cadre de son argument concernant le manque d'impartialité des prescriptions concernant la certification⁶⁵⁹ et, comme il est indiqué plus haut, il a mis en avant les principales caractéristiques

⁶⁴⁸ Réponse du Mexique à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 6. (note de bas de page omise)

⁶⁴⁹ Réponse du Mexique à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 7. (note de bas de page omise)

⁶⁵⁰ Réponse du Mexique à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphes 6 et 7.

⁶⁵¹ Réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphes 9 et 10. (italique dans l'original)

⁶⁵² Réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphes 15 et 16.

⁶⁵³ Réponse du Mexique à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphes 6 et 7 (faisant référence aux observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial).

⁶⁵⁴ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁶⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.257.

⁶⁵⁶ Voir le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.534 à 7.536, 7.538, 7.543 et 7.614; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 249 et paragraphe 296 et note de bas de page 613 y relative.

⁶⁵⁷ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.543.

⁶⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 296 et note de bas de page 613 y relative.

⁶⁵⁹ Voir la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 289.

touchant à la conception des dispositions relatives aux déterminations en réponse aux questions du Groupe spécial ainsi que dans ses observations sur les réponses des États-Unis. De plus, nous observons aussi que les États-Unis ont eu la possibilité de contrer les allégations du Mexique et de présenter leurs propres arguments sur la conception de ces dispositions. Toutefois, ils ont choisi de ne pas le faire, et ont à la place soutenu que le Mexique n'avait "pas présenté d'éléments *prima facie* concernant les [dispositions relatives aux] déterminations".⁶⁶⁰

7.182. Sur la base de notre examen du dossier du Groupe spécial, considéré dans le contexte de la procédure initiale, nous ne pensons pas que le Groupe spécial a indûment plaidé la cause du Mexique pour ce qui est des dispositions relatives aux déterminations. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous constatons que les États-Unis n'ont pas établi que le Groupe spécial avait indûment plaidé la cause du Mexique en constatant que, du fait des dispositions relatives aux déterminations, l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en formulant ses constatations concernant les dispositions relatives aux déterminations sur la base uniquement de la conception de ces dispositions et non de leur application

7.183. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur et a appliqué une analyse juridique incorrecte, en particulier, en n'analysant pas si les dispositions relatives aux déterminations étayaient une constatation selon laquelle les prescriptions concernant la certification "étaient conçues et appliquées" d'une manière impartiale. En fait, "il apparaît que le Groupe spécial a examiné uniquement la façon dont les dispositions relatives aux déterminations étaient *conçues* sans aussi examiner la façon dont ces dispositions étaient *appliquées*."⁶⁶¹ Par conséquent, selon eux, rien ne permet de constater que l'application des dispositions relatives aux déterminations signifie que les prescriptions concernant la certification ne sont pas impartiales "telles qu'elles sont conçues et appliquées".⁶⁶²

7.184. Le Mexique répond que pour déterminer si les distinctions réglementaires établies par la mesure modifiée concernant le thon sont impartiales, le Groupe spécial était tenu d'évaluer la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application de la mesure. Comme les dispositions relatives aux déterminations font partie intégrante de la mesure modifiée concernant le thon et, ainsi que les États-Unis l'ont reconnu, n'ont jamais été appliquées, il était approprié – et même nécessaire – que le Groupe spécial se concentre sur leur conception, leurs principes de base et leur structure révélatrice.⁶⁶³ Ainsi, le Mexique affirme que les États-Unis reprochent à tort au Groupe spécial d'avoir analysé uniquement la "conception" des dispositions relatives aux déterminations, au lieu d'examiner aussi la façon dont les dispositions relatives aux déterminations étaient "appliquées". Faisant valoir que les États-Unis ne peuvent mettre en avant aucun élément de preuve indiquant que les dispositions ont été appliquées, il dit qu'il était approprié que le Groupe spécial formule des constatations fondées sur la conception des dispositions relatives aux déterminations.⁶⁶⁴

7.185. Tout d'abord, nous prenons note de la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "il apparaît que [l]es dispositions [relatives aux déterminations] sont conçues pour permettre aux États-Unis d'imposer des conditions aux pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP quand les conditions dans ces autres pêcheries se rapprochent de celles qui existent dans la pêche des grands navires de l'ETP".⁶⁶⁵ En particulier,

⁶⁶⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 16. Voir aussi les observations des États-Unis sur la réponse du Mexique à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁶⁶¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 231. (italique dans l'original)

⁶⁶² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 234 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.281).

⁶⁶³ Le Mexique ajoute que les dispositions relatives aux déterminations sont liées à l'argument des États-Unis selon lequel les prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon ayant trait aux observateurs indépendants sont "adaptées" en fonction des dommages potentiels causés aux dauphins. (Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 140)

⁶⁶⁴ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphes 145 à 147.

⁶⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.263. Le membre du Groupe spécial ayant exprimé une opinion séparée a aussi cité les dispositions relatives aux déterminations comme exemple de cas où la mesure modifiée concernant le thon "permet[tait] aux États-Unis d'imposer les mêmes prescriptions dans les pêcheries où le même niveau de risque exist[ait]". (*Ibid.*, paragraphe 7.280)

nous observons que, dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP, la prescription existante imposant une certification par le capitaine pour les conditions "aucun encerclement des dauphins" et "aucun dauphin tué ou gravement blessé" est complétée par une prescription imposant une certification par un observateur pour ces deux conditions lorsqu'il y a eu une détermination de l'existence d'une association régulière et importante entre les dauphins et les thons semblable à celle qui existe entre les dauphins et les thons dans l'ETP. De plus, en ce qui concerne "toutes les autres pêcheries", les autorités des États-Unis peuvent faire une détermination de l'existence d'une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes dans une pêche spécifique, qui complèterait la prescription existante voulant qu'un capitaine fournisse une certification pour la condition "aucun dauphin tué ou gravement blessé" en prescrivant la même certification de la part d'un observateur dans cette pêche. Par ailleurs, le Groupe spécial a indiqué que les dispositions relatives aux déterminations ne prévoyaient pas la possibilité que les autorités des États-Unis fassent une détermination de l'existence d'une mortalité régulière et importante dans la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, ou une détermination de l'existence d'une association régulière et importante entre les thons et les dauphins dans "toutes les autres pêcheries".⁶⁶⁶ Les États-Unis ont confirmé au Groupe spécial que cette interprétation était correcte.⁶⁶⁷

7.186. Il apparaît que les États-Unis, en présentant cette allégation, s'appuient sur le raisonnement de l'Organe d'appel selon lequel l'examen pertinent "étudie la légitimité des distinctions réglementaires au moyen d'une analyse minutieuse du point de savoir si ces distinctions sont *conçues et appliquées* d'une manière impartiale de sorte qu'elles puissent être considérées comme "légitimes" aux fins de l'article 2.1".⁶⁶⁸ Nous n'interprétons toutefois pas cette déclaration comme excluant la possibilité que, en fonction des circonstances pertinentes d'une affaire donnée, il soit approprié que l'examen par un groupe spécial de la mesure en cause soit axé sur sa conception, sans être également axé sur son application. En l'espèce, il n'est pas contesté "qu'il n'y [a] aucune pêche à l'extérieur de l'ETP où il [a] été déterminé qu'il y avait une association régulière et importante entre les thons et les dauphins semblable à celle qui existait dans l'ETP".⁶⁶⁹ De même, il n'est pas contesté que les autorités des États-Unis n'ont pas fait de détermination selon laquelle une quelconque pêche appartenant à la catégorie de "toutes les autres pêcheries" a une mortalité des dauphins régulière et importante.⁶⁷⁰ Toutefois, nous ne considérons pas que l'absence de ces déterminations établit de façon concluante que les circonstances factuelles qu'elles envisagent n'existent pas. De plus, l'absence de ces déterminations ne dit rien quant à la probabilité que les circonstances qui devraient déclencher ces déterminations existeront dans le futur. Pour ces raisons, nous ne voyons pas quelle valeur probante ou juridique le Groupe spécial aurait dû, selon les États-Unis, accorder à l'"application" des dispositions relatives aux déterminations. Il s'ensuit que, contrairement aux États-Unis, nous ne considérons pas que, dans les circonstances de l'espèce, le fait d'être axé sur la conception des dispositions relatives aux déterminations rend en soi l'analyse du Groupe spécial erronée.

7.187. Les États-Unis soutiennent que les données actuelles par pêche confirment clairement qu'*aucun élément de preuve* n'établit qu'il y a actuellement une association régulière et importante et une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes dans une quelconque pêche autre que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁶⁷¹ En reprochant au Groupe spécial de ne pas avoir examiné la façon dont les dispositions relatives aux déterminations étaient *appliquées*, il apparaît que les États-Unis mettent en cause le fait que le Groupe spécial n'a jamais évalué si les *éléments de preuve versés au dossier* établissaient qu'il y avait actuellement une association régulière et importante ou une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes dans une quelconque pêche autre que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁶⁷² Toutefois, le Groupe spécial n'a jamais cherché à analyser minutieusement les éléments de preuve étayant l'affirmation selon laquelle les autorités des États-Unis n'avaient pas fait de détermination quant à l'existence d'une pêche, autre que

⁶⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.251 et 7.252.

⁶⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.252.

⁶⁶⁸ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21.5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.92. (pas d'italique dans l'original)

⁶⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.22.

⁶⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.22.

⁶⁷¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 233.

⁶⁷² Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial est parvenu à sa conclusion concernant les dispositions relatives aux déterminations "sans faire le moindre cas du dossier des éléments de preuve". (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 235)

celle des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, présentant une association régulière et importante ou une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes. Il s'est plutôt concentré sur la teneur, la structure et le fonctionnement attendu de la mesure en cause en vue de délimiter le champ d'application de chacune des déterminations pertinentes. Par conséquent, nous considérons comme étant quelque peu hors de propos l'affirmation des États-Unis selon laquelle "il n'y a aucune base permettant de constater que les prescriptions concernant la certification imposent, de fait, une prescription concernant les observateurs pour les produits du thon pêché par les grands navires mexicains équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP et non pour les produits du thon provenant des autres pêcheries "dans les cas où, en fait, les conditions dans [cette autre pêcherie] sont les mêmes que celles qui existent dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP"". ⁶⁷³

7.188. Pour les raisons qui précèdent, nous constatons que les États-Unis n'ont pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur dans son évaluation de la question de savoir si les dispositions relatives aux déterminations étaient impartiales au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.2.3.3 Question de savoir si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord

7.189. Chacun des participants formule plusieurs allégations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en relation avec l'analyse par le Groupe spécial de la question de savoir si l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains découlant des critères d'admissibilité et des prescriptions concernant la certification découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. S'agissant de l'analyse des critères d'admissibilité par le Groupe spécial, le Mexique formule trois allégations d'erreur au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Premièrement, il fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en modifiant les constatations de fait concernant les effets nuisibles de l'encerclement des dauphins formulées dans la procédure initiale. ⁶⁷⁴ Sa deuxième contestation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord est que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les autres méthodes de pêche n'avaient pas d'effets nuisibles non observables. ⁶⁷⁵ Troisièmement, le Mexique soutient que le Groupe spécial a affirmé à tort que l'Organe d'appel avait fait une constatation selon laquelle l'encerclement des dauphins était plus dommageable pour ces derniers que les autres méthodes de pêche. ⁶⁷⁶

7.190. S'agissant de l'analyse par le Groupe spécial des prescriptions concernant la certification, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en formulant une constatation au sujet des dispositions relatives aux déterminations qui n'était pas étayée par les éléments de preuve versés au dossier. Le Mexique formule, quant à lui, deux allégations au titre de l'article 11 en relation avec cette partie de l'analyse du Groupe spécial. Premièrement, il fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en rejetant son argument et ses éléments de preuve indiquant que les capitaines de navires de pêche avaient un intérêt économique personnel à ne pas signaler que des dauphins avaient été tués ou gravement blessés. ⁶⁷⁷ Deuxièmement, il soutient qu'en constatant que l'encerclement des dauphins n'avait lieu que dans l'ETP, le Groupe spécial a fait erreur en faisant abstraction d'éléments de preuve indiquant que "les dauphins s'associaient aux thons et faisaient l'objet d'un encerclement délibéré dans l'océan Indien". ⁶⁷⁸

7.191. Avant d'examiner ces différentes allégations d'erreur formulées en appel, nous rappelons le critère juridique permettant d'établir qu'un groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. L'Organe d'appel a dit que, pour s'acquitter de son devoir de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi, un groupe spécial devait "examiner tous les éléments de preuve qui lui [avaient] été présentés, évaluer leur crédibilité, déterminer leur poids et s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur ces éléments de preuve". ⁶⁷⁹ Les groupes spéciaux ne peuvent pas "établir de

⁶⁷³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 234 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.258).

⁶⁷⁴ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, sous-section V.B.2.c i).

⁶⁷⁵ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, sous-section V.B.2.c ii).

⁶⁷⁶ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, sous-section V.B.2.c iii).

⁶⁷⁷ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 139.

⁶⁷⁸ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 143.

⁶⁷⁹ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.178; *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185; *CE – Hormones*, paragraphes 132 et 133; *Australie – Saumons*, paragraphe 266;

constatations positives qui ne soient pas fondées sur les éléments de preuve contenus dans leur dossier".⁶⁸⁰ À l'intérieur de ces paramètres, les groupes spéciaux disposent d'une marge discrétionnaire pour leur évaluation des faits.⁶⁸¹ Cette marge inclut le pouvoir discrétionnaire de déterminer quel poids accorder aux divers éléments de preuve qui leur sont présentés par les parties.⁶⁸² En outre, le simple fait qu'un groupe spécial n'a pas explicitement fait référence à chacun des éléments de preuve dans son raisonnement est insuffisant pour établir une allégation de violation au titre de l'article 11.⁶⁸³ En fait, un participant doit expliquer pourquoi un tel élément de preuve est si important pour son argumentation que le fait que le groupe spécial ne l'a pas examiné explicitement ou invoqué a une incidence sur l'objectivité de son évaluation factuelle.⁶⁸⁴ L'Organe d'appel a aussi estimé qu'un participant ne pouvait pas simplement reformuler des arguments factuels qu'il avait présentés au Groupe spécial sous le couvert d'une allégation au titre de l'article 11.⁶⁸⁵ Par contre, pour qu'une allégation au titre de l'article 11 aboutisse, l'Organe d'appel "[doit] ... avoir la conviction que le groupe spécial a outrepassé les limites du pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour juger les faits".⁶⁸⁶ "[L]es erreurs commises, selon les allégations, par un groupe spécial ne constituent pas toutes une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord"⁶⁸⁷, il n'y a que celles qui sont si importantes que, "prises conjointement ou isolément"⁶⁸⁸, elles compromettent l'objectivité de l'évaluation par le groupe spécial de la question dont il est saisi.⁶⁸⁹ L'Organe d'appel a dit qu'une allégation selon laquelle un groupe spécial n'avait pas procédé à l'"évaluation objective de la question dont il [était] saisi" exigée par l'article 11 du Mémoire d'accord était "une allégation très grave"⁶⁹⁰, et que l'Organe d'appel n'"empiéter[ait] [pas] à la légère"⁶⁹¹ sur le pouvoir du Groupe spécial en matière d'établissement des faits.

7.192. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, le Mexique formule trois allégations d'erreur au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne l'application par le Groupe spécial du critère du "traitement moins favorable" aux critères d'admissibilité. Sa première contestation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord est que le Groupe spécial a fait erreur en "modifiant" les constatations de fait formulées dans la procédure initiale concernant l'encerclement des dauphins. En particulier, il allègue que les constatations du Groupe spécial initial selon lesquelles l'encerclement des dauphins dans l'ETP causait des dommages non observés aux dauphins n'étaient "pas aussi catégoriques" dans la procédure initiale que le Groupe spécial l'affirme maintenant.⁶⁹² Le Mexique souligne que le Groupe spécial initial a constaté ce qui suit:

Il ressort ... qu'il y a une relative incertitude en ce qui concerne la mesure dans laquelle l'encerclement des dauphins peut avoir une incidence défavorable sur les dauphins au-delà de la mortalité observée. Néanmoins, nous estimons que les

CE – Amiante, paragraphe 161; *CE – Lingé de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphes 170, 177 et 181; *CE – Sardines*, paragraphe 299; *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 125; *Japon – Pommes*, paragraphe 221; *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 141 et 142; *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphes 161 et 162; *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 138; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142; *États-Unis – Jeux*, paragraphe 363; *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphe 313; *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 258.

⁶⁸⁰ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142; *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphes 161 et 162.

⁶⁸¹ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 341; *CE – Amiante*, paragraphe 161; *CE – Hormones*, paragraphe 132; *CE – Sardines*, paragraphe 299; *Japon – Pommes*, paragraphes 221 et 222; *Corée – Produits laitiers*, paragraphes 137 et 138; *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

⁶⁸² Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 137.

⁶⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 441 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 202).

⁶⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

⁶⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

⁶⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

⁶⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

⁶⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1318.

⁶⁸⁹ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.179.

⁶⁹⁰ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 4.79; *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.227; *CE – Volailles*, paragraphe 133.

⁶⁹¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 299; *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142.

⁶⁹² Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 117.

États-Unis ont présenté des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption qu'il existe des préoccupations légitimes à cet égard.⁶⁹³

7.193. Selon le Mexique, bien qu'il n'y ait pas eu d'élément de preuve nouveau concernant les effets non observés de l'encerclement des dauphins dans l'ETP dans la présente procédure au titre de l'article 21:5, le Groupe spécial a transformé la constatation antérieure selon laquelle il existait des "préoccupations légitimes" concernant la mesure dans laquelle l'encerclement des dauphins pouvait avoir sur ces derniers une incidence défavorable allant au-delà de la mortalité observée en une constatation selon laquelle il y avait des "éléments de preuve concluants" concernant des effets notables non observés.⁶⁹⁴

7.194. Les États-Unis répondent que le Groupe spécial n'a pas "modifié" la constatation concernant les dommages non observés causés par les opérations d'encerclement des dauphins formulée dans la procédure initiale, ni n'a décrit de façon erronée la constatation du Groupe spécial initial à cet égard. Ils ajoutent que le Groupe spécial a conclu avec justesse que le Groupe spécial initial avait formulé des constatations définitives selon lesquelles l'encerclement des dauphins pouvait entraîner pour ces derniers des effets nuisibles en plus de la mortalité observée.⁶⁹⁵ Selon eux, l'Organe d'appel a confirmé l'analyse du Groupe spécial initial selon laquelle les dauphins subissent des effets nuisibles allant au-delà de la mortalité observée par suite de l'encerclement des dauphins.⁶⁹⁶

7.195. Nous commençons par noter que le Mexique n'identifie aucun paragraphe spécifique du rapport du Groupe spécial où ce dernier aurait, d'après les allégations, "modifié" les constatations de fait formulées par le Groupe spécial initial concernant les effets nuisibles non observés de l'encerclement des dauphins sur ces derniers. D'après le contexte fourni par la communication du Mexique, nous croyons comprendre que cette allégation se rapporte aux constatations formulées par le Groupe spécial dans les paragraphes 7.120 à 7.122 de son rapport. Dans ces paragraphes, le Groupe spécial a formulé plusieurs observations concernant les effets nuisibles non observés de l'encerclement des dauphins. Selon lui, l'Organe d'appel a "constaté que l'encerclement des dauphins était "particulièrement dommageable pour ces derniers"". ⁶⁹⁷ Le Groupe spécial a cité divers effets nuisibles "allant au-delà de la mortalité observée" qui pouvaient résulter de l'encerclement des dauphins.⁶⁹⁸ Il a également indiqué que, "[s]urtout, l'Organe d'appel [avait] aussi admis que ces dommages découlaient de la "chasse elle-même".⁶⁹⁹ Il a fait observer que, par conséquent, "[l'Organe d'appel] [avait] confirmé la conclusion du Groupe spécial initial selon laquelle "les objectifs des États-Unis ... [de] réduire le plus possible les conséquences non observées de l'encerclement des dauphins" ne seraient pas atteignables si le thon capturé par encerclement des dauphins était admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*".⁷⁰⁰ Ensuite, il a indiqué qu'il croyait comprendre que "l'Organe d'appel [avait] clairement constaté que l'encerclement des dauphins causait des dommages observés et non observés à ces derniers."⁷⁰¹

7.196. Le Mexique allègue que "[l]es constatations du Groupe spécial initial selon lesquelles les opérations d'encerclement des dauphins dans l'ETP causent à ces derniers des dommages non observés n'étaient pas aussi catégoriques dans la procédure initiale que le Groupe spécial l'affirme maintenant."⁷⁰² À cet égard, nous jugeons important de préciser que, dans les paragraphes 7.120

⁶⁹³ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 117 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.504). (souligné par le Mexique)

⁶⁹⁴ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 118.

⁶⁹⁵ Les États-Unis soulignent que "la constatation du Groupe spécial initial était que "diverses incidences défavorables [pouvaient] résulter de l'encerclement des dauphins, allant au-delà de la mortalité observée."" Ils indiquent aussi que "le Groupe spécial initial avait constaté que, bien qu'il y ait une certaine incertitude quant à "la mesure" de ces incidences, les éléments de preuve des États-Unis avaient établi la présomption qu'"il exist[ait] des préoccupations légitimes" à cet égard." (Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 109 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.737))

⁶⁹⁶ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphes 110 et 111.

⁶⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289).

⁶⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120 (citant, sans le nommer, le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.499).

⁶⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.121.

⁷⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.121 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.613).

⁷⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122.

⁷⁰² Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 117.

à 7.122 de son rapport, le Groupe spécial ne faisait *pas* référence aux constatations du Groupe spécial initial, mais exposait plutôt son interprétation des constatations formulées par l'Organe d'appel dans la procédure initiale. En tout état de cause, les références faites par le Groupe spécial au rapport de l'Organe d'appel ne décrivent pas, à notre avis, de façon erronée les constatations formulées dans la procédure initiale concernant l'existence d'effets non observés sur les dauphins. Nous rappelons que, dans une sous-section de son rapport intitulée "Constatations du Groupe spécial qui ne sont pas contestées", l'Organe d'appel a formulé les observations suivantes:

Le Groupe spécial [initial] a fait observer en outre qu'"il y [avait] une relative incertitude en ce qui concerne la mesure dans laquelle l'encerclement des dauphins [pouvait] avoir une incidence défavorable sur les dauphins au-delà de la mortalité observée". Néanmoins, il a déterminé "que les États-Unis [avaient] présenté des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption qu'il exist[ait] des préoccupations légitimes à cet égard". Le Groupe spécial [initial] a également constaté que les États-Unis avaient présenté des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption "que la méthode de l'encerclement des dauphins "[avait] la capacité" d'avoir des effets nuisibles observés et non observés sur les dauphins".⁷⁰³

7.197. Le rapport de l'Organe d'appel montre aussi qu'en réponse aux questions posées à l'audience dans la procédure initiale, le Mexique a admis que "l'encerclement des dauphins à l'intérieur de l'ETP ... [avait] la capacité d'avoir des effets observés et *non observés* sur les dauphins".⁷⁰⁴ Il s'ensuit, à notre avis, que le Groupe spécial réaffirmait la substance des constatations de l'Organe d'appel lorsqu'il a indiqué que "l'Organe d'appel [avait] clairement constaté que l'encerclement des dauphins causait des dommages observés et non observés à ces derniers."⁷⁰⁵ Par conséquent, nous ne partageons pas l'avis du Mexique selon lequel les constatations du Groupe spécial concernant les dommages non observés causés aux dauphins par leur encerclement sont en quelque sorte "plus catégoriques" que dans la procédure initiale, ou selon lequel le Groupe spécial a enfreint l'article 11 du Mémoire d'accord en les formulant.

7.198. La deuxième contestation du Mexique au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord est que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins n'avaient pas d'effets nuisibles non observables. Selon le Mexique, aux paragraphes 7.132 et 7.134 de son rapport, le Groupe spécial a constaté que *tous* les effets causés aux dauphins par d'autres méthodes de pêche seraient "observables" si une personne formée les surveillait. De l'avis du Mexique, c'est une erreur de fait étant donné qu'il avait communiqué des éléments de preuve montrant que les effets n'étaient pas tous observables.⁷⁰⁶ En particulier, le Mexique fait valoir que le Groupe spécial n'a pas tenu compte des éléments de preuve qu'il avait présentés au sujet des filets maillants et de la pêche à la palangre, qui montraient que les effets des techniques de pêche autres que l'encerclement des dauphins n'étaient pas tous observables.

7.199. En réponse, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que les autres méthodes de pêche n'avaient pas d'effets non observables semblables à ceux qui étaient associés à l'encerclement des dauphins dans l'ETP. Contrairement à ce que le Mexique fait valoir, l'examen approfondi que le Groupe spécial a effectué des éléments de preuve en la matière était clairement conforme à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. La constatation du Groupe spécial selon laquelle les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins ne causent pas "les types de dommages non observables qui sont causés par l'encerclement des dauphins"⁷⁰⁷ est amplement étayée par les éléments de preuve versés au dossier et reflète un soupesage et une mise en balance de ces éléments de preuve conforme à l'article 11.

7.200. Nous commençons par noter que le fond de l'allégation du Mexique est que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les autres méthodes de pêche n'avaient pas d'effets

⁷⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 246. (notes de bas de page omises)

⁷⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 251. (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise) Voir aussi la note de bas de page 513 relative au paragraphe 246.

⁷⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122.

⁷⁰⁶ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphes 120 et 121.

⁷⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.131 et 7.134.

nuisibles non observables. Toutefois, cela n'est pas une description exacte des constatations formulées par le Groupe spécial. Contrairement à ce que le Mexique affirme, le Groupe spécial n'a pas formulé d'allégation selon laquelle *tous* les effets causés aux dauphins par d'autres méthodes de pêche seraient "observables" si une personne formée les surveillait. En fait, au paragraphe 7.132, le Groupe spécial a constaté qu'aucun des éléments de preuve présentés par le Mexique concernant les effets nuisibles causés aux dauphins par d'autres méthodes de pêche "ne donn[ait] à penser que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins inflig[eaient] les mêmes types de dommages non observables que ceux qui [étaient] causés par les opérations d'encerclement" (c'est-à-dire l'encerclement des dauphins).⁷⁰⁸ Au paragraphe 7.134, le Groupe spécial a rejeté l'affirmation du Mexique selon laquelle les États-Unis avaient concédé que "des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins caus[aient] le type de dommages non observables subis par les dauphins "du fait de la chasse elle-même".⁷⁰⁹ Par conséquent, contrairement à ce que le Mexique affirme, nous n'interprétons pas le raisonnement du Groupe spécial comme incluant une quelconque constatation selon laquelle *tous* les effets nuisibles causés aux dauphins par d'autres méthodes de pêche seraient "observables" si une personne formée les surveillait.

7.201. De plus, nous notons qu'il apparaît qu'en formulant cette allégation d'erreur au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, le Mexique fait valoir à nouveau le point de vue qu'il avait exposé au Groupe spécial et nous demande d'attribuer à ses éléments de preuve une importance plus grande que ne l'avait fait le Groupe spécial. Une telle demande n'est ni compatible avec le champ de l'examen en appel ni un moyen correct d'établir l'existence d'une infraction à l'article 11 du Mémoire d'accord.⁷¹⁰ En tout état de cause, nous ne souscrivons pas à l'affirmation du Mexique selon laquelle le Groupe spécial "n'a même pas mentionné" les éléments de preuve concernant les effets nuisibles causés aux dauphins par la pêche aux filets maillants et la pêche à la palangre.⁷¹¹ Notre examen du rapport du Groupe spécial révèle en revanche que le Groupe spécial a bien examiné les éléments de preuve concernant la pêche aux filets maillants, au paragraphe 7.130, et les éléments de preuve concernant la pêche à la palangre, au paragraphe 7.131 de son rapport.

7.202. Pour les raisons qui précèdent, nous estimons que le Mexique n'a pas dûment étayé son allégation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, ni établi que le Groupe spécial avait constaté que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins n'avaient pas d'effets nuisibles non observables.

7.203. Dans sa troisième contestation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, le Mexique nous demande d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'Organe d'appel a formulé une constatation de fait selon laquelle les opérations d'"encerclement des dauphins conformément aux règles de [l']AIDCP sont plus dommageables pour les dauphins que les autres méthodes de pêche."⁷¹² En présentant ses arguments sur cette question, le Mexique fait référence à l'assertion ci-après du Groupe spécial:

L'Organe d'appel a constaté que l'encerclement des dauphins était "particulièrement dommageable pour ces derniers", parce que:

diverses incidences défavorables peuvent résulter de l'encerclement des dauphins, allant au-delà de la mortalité observée, y compris la séparation des mères et des petits pendant la chasse et l'encerclement, qui menace la subsistance du petit et ajoute des victimes à la mortalité observée, ainsi que des dommages musculaires, des défaillances du système immunitaire et du système de reproduction et d'autres conséquences défavorables sur la santé.⁷¹³

⁷⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.132.

⁷⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.134.

⁷¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

⁷¹¹ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphes 121 et 122.

⁷¹² Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 130.

⁷¹³ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 125 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120).

7.204. Le Mexique souligne que le passage cité que le Groupe spécial a attribué à l'Organe d'appel est en fait une citation tirée du rapport du Groupe spécial initial, qui n'apparaît pas dans le rapport de l'Organe d'appel. Il fait également référence au paragraphe 260 du rapport de l'Organe d'appel, où l'Organe d'appel a noté que le Groupe spécial initial avait établi une distinction entre les risques associés à l'encerclement des dauphins *avant* l'adoption des contrôles établis par l'AIDCP (encerclement des dauphins non réglementé) et aux opérations d'encerclement des dauphins réglementées par les règles de l'AIDCP. Sur cette base, le Mexique fait valoir que, lorsque le passage est lu dans son contexte, "l'Organe d'appel n'a pas constaté, ni laissé entendre, que ... l'encerclement des dauphins était plus dommageable pour ces derniers que les autres méthodes de pêche lorsqu'[il] était réglementé[]" dans le cadre de l'AIDCP."⁷¹⁴ Au contraire, il considère que l'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial initial selon laquelle les dauphins sont exposés à des risques "équivalents" résultant de l'encerclement des dauphins réglementé par l'AIDCP et des autres méthodes de pêche.⁷¹⁵

7.205. Les États-Unis rejettent les allégations d'erreur du Mexique. À leur avis, la procédure initiale a clairement établi que l'encerclement des dauphins, y compris dans le cadre du régime de l'AIDCP, causait diverses incidences défavorables "allant au-delà de la mortalité observée". De plus, "il ressort clairement du rapport de l'Organe d'appel que la constatation selon laquelle l'encerclement des dauphins est "particulièrement dommageable pour ces derniers" n'était pas limitée à l'encerclement des dauphins autre que dans le cadre du régime de l'AIDCP."⁷¹⁶

7.206. Pour traiter la troisième contestation du Mexique au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, nous commençons par souligner que le paragraphe du rapport du Groupe spécial auquel le Mexique fait objection ne dit rien des *dommages relatifs* associés à l'encerclement des dauphins, d'une part, par rapport aux autres méthodes de pêche, d'autre part. En fait, dans le paragraphe identifié par le Mexique, le Groupe spécial traite seulement de la méthode de pêche par encerclement des dauphins. La formulation qu'il utilise est quelque peu malheureuse dans la mesure où elle peut être interprétée comme donnant à entendre que l'Organe d'appel lui-même "a constaté" que l'encerclement des dauphins était "particulièrement dommageable pour ces derniers".⁷¹⁷ Ce que l'Organe d'appel a en fait dit, comme le Mexique le fait remarquer également⁷¹⁸, c'est qu'il apparaissait que le Groupe spécial initial avait "admis l'argument des États-Unis selon lequel la technique de pêche par encerclement des dauphins était particulièrement dommageable pour ces derniers".⁷¹⁹ De plus, alors que le Mexique a raison de dire que le passage cité par le Groupe spécial provient du rapport du Groupe spécial initial et non du rapport de l'Organe d'appel, nous ne considérons pas que ce seul fait constitue une erreur au titre de l'article 11, compte tenu en particulier du fait que l'Organe d'appel a bien fait référence précisément à ces types de dommages dans son rapport. Spécifiquement, pour traiter l'appel des États-Unis au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, l'Organe d'appel a pris note de la constatation du Groupe spécial initial, "non contestée par les participants, selon laquelle les dauphins subissaient des effets nuisibles allant au-delà des mortalités observées par suite de l'encerclement des dauphins, même dans le cadre des restrictions énoncées dans les règles de l'AIDCP."⁷²⁰ Dans les notes de bas de page relatives à cette observation, il a également fait référence aux déclarations du Groupe spécial initial relatives aux effets non observés qui découlaient "de la chasse elle-même"⁷²¹ et aux exemples donnés par le Groupe spécial initial en ce qui concerne ces divers effets nuisibles.⁷²²

⁷¹⁴ Communication du Mexique en tant qu'autre appellant, paragraphe 129.

⁷¹⁵ Communication du Mexique en tant qu'autre appellant, paragraphe 129 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 260 à 281).

⁷¹⁶ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 128.

⁷¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289).

⁷¹⁸ Communication du Mexique en tant qu'autre appellant, paragraphe 126.

⁷¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289.

⁷²⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 330 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.491 à 7.506).

⁷²¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 664 relative au paragraphe 330 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.504).

⁷²² L'Organe d'appel a noté les exemples suivants donnés par le Groupe spécial initial en ce qui concerne les divers effets nuisibles découlant "de la chasse en elle-même": "la séparation des mères et des petits; les blessures musculaires potentielles résultant de la chasse; les défaillances du système immunitaire et du système de reproduction; et d'autres conséquences défavorables sur la santé des dauphins, comme le stress aigu permanent". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 663)

7.207. Nous jugeons dénuée de fondement cette allégation d'erreur formulée au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord par le Mexique. Le Mexique n'a ni établi que le Groupe spécial avait formulé une constatation "selon laquelle la méthode de l'encerclement des dauphins était plus dommageable pour ces derniers que les autres méthodes de pêche lorsqu'elle était réglementée dans le cadre de l'AIDCP", ni identifié un quelconque problème avec les déclarations du Groupe spécial concernant l'utilisation par l'Organe d'appel du membre de phrase "particulièrement dommageable" en relation avec la méthode de pêche par encerclement des dauphins. Nous faisons observer en outre que les arguments du Mexique à l'appui de cette allégation d'erreur sont sommaires et n'expliquent pas pourquoi toute erreur alléguée du Groupe spécial atteindrait le niveau requis pour l'établissement d'une infraction à l'article 11 du Mémoire d'accord.

7.208. Pour toutes les raisons qui précèdent, nous constatons que le Mexique n'a pas établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec son devoir de procéder à une évaluation objective de la question, conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, dans son analyse de la compatibilité des critères d'admissibilité énoncés dans la mesure modifiée concernant le thon avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.209. Nous examinons ensuite les allégations des participants concernant l'analyse par le Groupe spécial des prescriptions concernant la certification. Nous commençons par l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation des dispositions relatives aux déterminations.

7.210. Les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en formulant une constatation qui n'est pas étayée par les éléments de preuve versés au dossier. Ils rappellent que le Groupe spécial s'est dit préoccupé par deux "lacunes" particulières dans les dispositions relatives aux déterminations.⁷²³ La première "lacune" identifiée par le Groupe spécial interviendrait dans la pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP où il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins sans association régulière et importante entre les thons et les dauphins. Les États-Unis notent que les éléments de preuve établissent qu'il y a une corrélation positive directe entre l'association et la mortalité ou les blessures graves observées dans les pêcheries à la senne coulissante. En conséquence, "les éléments de preuve établissent qu'une "lacune" comme celle que le Groupe spécial a envisagée n'intervient pas en réalité – il n'y a dans le dossier aucun élément de preuve indiquant qu'il existe une pêcherie à la senne coulissante où il y a une mortalité "régulière et importante" sans qu'il y ait aussi une association régulière et importante entre les thons et les dauphins."⁷²⁴ Les États-Unis indiquent que, selon le Groupe spécial, la deuxième "lacune" interviendrait dans une pêcherie autre qu'à la senne coulissante où il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins sans qu'il y ait une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins. Ils considèrent qu'il apparaît que l'analyse du Groupe spécial est une "assertion qui se retourne contre elle-même"⁷²⁵ parce que, si le Groupe spécial a raison de dire qu'il y a une corrélation positive entre le risque de mortalité ou de blessures graves et l'existence d'une association entre les thons et les dauphins dans les pêcheries autres qu'à la senne coulissante, alors toute association régulière et importante impliquerait qu'il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes. En pareille situation, "la pêcherie autre qu'à la senne coulissante ne relèverait absolument pas d'une "lacune" mais serait visée par [l'article] 216.91 a) 4) iii)".⁷²⁶

7.211. Le Mexique conteste l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant qu'il y avait deux "lacunes" dans les dispositions relatives aux déterminations. Il fait valoir qu'il y a de nombreux éléments de preuve dans le dossier qui étayaient les constatations du Groupe spécial.⁷²⁷ De plus, à

relative au paragraphe 330 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.491 à 7.506))

⁷²³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 237 à 239.

⁷²⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 245.

⁷²⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 247.

⁷²⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 247.

⁷²⁷ Le Mexique rappelle que dans la procédure initiale, le Groupe spécial a constaté qu'il y avait des "éléments de preuve solides établissant qu'il y [avait] aussi une mortalité et des blessures graves régulières et importantes des dauphins à l'extérieur de l'ETP". (Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 149 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.543)) Il met aussi en avant des

son avis, il était "à la fois raisonnable et approprié pour le Groupe spécial de conclure que l'association des dauphins avec des méthodes de pêche autres que la pêche à la senne coulissante pouvait être dommageable pour les dauphins, et que la pêche à la senne coulissante pouvait provoquer la mort de dauphins même si une zone océanique ne présentait pas d'association entre les thons et les dauphins semblable à celle qui existait dans l'ETP".⁷²⁸

7.212. Nous considérons que le fond de l'allégation des États-Unis est que le raisonnement et les constatations du Groupe spécial concernant les dispositions relatives aux déterminations n'étaient pas fondés sur des éléments de preuve "suffisants" et, en conséquence, que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en formulant ces constatations. Les États-Unis soutiennent qu'il est erroné de penser qu'il y a deux "lacunes" dans les dispositions relatives aux déterminations.

7.213. Notre évaluation des arguments des États-Unis révèle qu'un certain nombre d'entre eux visent à établir qu'il n'y a *aucun élément de preuve* versé au dossier qui étaye la conclusion qu'il y a une pêcherie, autre que celle des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, où il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins ou une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins. Nous avons examiné et rejeté cet argument plus haut dans le contexte de la contestation par les États-Unis de l'application par le Groupe spécial de l'article 2.1 aux dispositions relatives aux déterminations. Nous rappelons que le Groupe spécial n'a jamais cherché à analyser minutieusement les éléments de preuve étayant l'affirmation selon laquelle les autorités des États-Unis n'avaient pas fait de détermination quant à l'existence d'une pêcherie, autre que celle des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, présentant une association régulière et importante entre les thons et les dauphins ou une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins. Le Groupe spécial s'est plutôt concentré sur la teneur, la structure et le fonctionnement attendu de la mesure en cause en vue de délimiter le champ d'application de chacune des déterminations pertinentes. Il a donc présenté une série de situations hypothétiques concernant l'applicabilité des dispositions relatives aux déterminations aux différentes pêcheries visées par la mesure modifiée concernant le thon.

7.214. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous constatons que les États-Unis n'ont pas établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec son devoir de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord dans son analyse de la compatibilité des dispositions relatives aux déterminations énoncées dans la mesure modifiée concernant le thon avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.215. Nous examinons maintenant les allégations du Mexique selon lesquelles le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord dans son analyse des prescriptions concernant la certification au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Dans sa première allégation, le Mexique affirme que le Groupe spécial a fait erreur en rejetant son argument et ses éléments de preuve montrant que les capitaines de navires de pêche avaient un intérêt économique personnel à ne pas signaler que des dauphins avaient été tués ou gravement blessés.⁷²⁹ Il affirme que, malgré sa constatation selon laquelle "[l]es documents présentés par le Mexique donn[ai]ent assurément à penser qu'il y [avait] eu des cas où les certifications par les capitaines n'étaient pas fiables"⁷³⁰, le Groupe spécial s'est abstenu de "tirer les conclusions inévitables qui découlent de ces éléments de preuve".⁷³¹ En conséquence, il affirme que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question "parce qu'il a confondu la fiabilité des capitaines en général avec la fiabilité, spécifiquement, des autocertifications des capitaines concernant le statut *Dolphin safe* du thon permettant l'accès à l'avantage commercial du label des États-Unis", et nous demande d'infirmar la constatation du

éléments de preuve relatifs aux dommages causés aux dauphins par d'autres méthodes de pêche, tels que les faits non contestés suivants: les dauphins sont attirés par la nourriture constituée par les poissons accrochés aux hameçons ou pris dans les filets maillants, et l'USDOC a désigné la zone de pêche pélagique à la palangre de l'océan Atlantique comme une zone de pêche de "catégorie I" en raison des interactions avec d'autres mammifères marins fréquemment documentés. (*Ibid.*, paragraphe 149 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 141))

⁷²⁸ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 151.

⁷²⁹ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 139.

⁷³⁰ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 139 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.209; et faisant référence au paragraphe 7.596).

⁷³¹ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 139.

Groupe spécial selon laquelle "les certifications *Dolphin safe* par les capitaines sont toujours fiables."⁷³²

7.216. En réponse, les États-Unis affirment que les constatations du Groupe spécial concernant la fiabilité des certifications des capitaines n'étaient pas incompatibles avec l'article 11 du Mémoire d'accord. Selon eux, le Mexique fait valoir à tort que le Groupe spécial n'a pas compris que son argument concernait la situation spécifique de l'établissement des certifications *Dolphin safe* par les capitaines. Au contraire, "le Groupe spécial a décrit l'argument du Mexique comme se rapportant au fait que les capitaines de navires "[étaient] incités, d'un point de vue financier, à certifier que leur prise [était] *Dolphin Safe* même lorsqu'elle ne l'[était] pas""⁷³³. Les États-Unis contestent également que le Groupe spécial ait fait erreur en constatant que le Mexique n'avait pas établi que les déclarations des capitaines étaient peu fiables, parce que la constatation du Groupe spécial "était étayée par un grand nombre d'éléments de preuve versés au dossier, que le Mexique ne prend pas en considération lorsqu'il formule cet appel".⁷³⁴ Ils soulignent que le Mexique "n'énonce aucun fondement permettant de constater que le Groupe spécial a outrepassé le pouvoir discrétionnaire dont il disposait pour juger les faits ou que la constatation du Groupe spécial ne reposait pas sur un soupesage des éléments de preuve dont il disposait", et n'"allègue ... pas que le traitement que le Groupe spécial a réservé aux éléments de preuve a compromis son objectivité".⁷³⁵ En conséquence, les États-Unis concluent que l'allégation du Mexique devrait être rejetée.

7.217. Pour commencer, nous notons qu'en réponse aux questions posées à l'audience, le Mexique a indiqué que cette allégation était à la fois une contestation de l'application par le Groupe spécial du droit aux faits et une contestation selon laquelle le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Nous rappelons que l'Organe d'appel a dit que "[d]ans la plupart des cas ... une question [serait] soit une question d'application du droit aux faits, soit une question concernant l'évaluation objective des faits, et non les deux."⁷³⁶ Des allégations impliquant l'évaluation des faits et éléments de preuve par un groupe spécial relèvent de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁷³⁷ L'argument central du Mexique est que le Groupe spécial n'a pas procédé à "une évaluation objective" parce qu'il "s'est abstenu de tirer les conclusions inévitables qui découlaient de [certains] éléments de preuve"⁷³⁸ et qu'il "a confondu la fiabilité des capitaines en général avec la fiabilité, spécifiquement, des autocertifications des capitaines concernant le statut *Dolphin safe* du thon".⁷³⁹ Eu égard à la nature des arguments du Mexique, qui se rapportent, selon nous, au soupesage des éléments de preuve par le Groupe spécial, nous analysons l'allégation du Mexique comme une contestation des constatations du Groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

7.218. Ayant fait cette observation préliminaire, nous notons aussi que le Mexique nous demande d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle "les certifications *Dolphin safe* par les capitaines sont toujours fiables."⁷⁴⁰ Notre examen du rapport du Groupe spécial révèle qu'en réalité, le Groupe spécial n'a pas formulé une telle constatation. Par contre, après avoir examiné les arguments et éléments de preuve communiqués par chaque partie, le Groupe spécial a considéré que les éléments de preuve présentés par les États-Unis constituaient un "fait très pertinent et probant" montrant que "beaucoup d'organisations et d'arrangements régionaux et internationaux s'appu[yaient] sur les certifications et livres de bord des capitaines".⁷⁴¹ De l'avis du Groupe spécial, ce fait établissait "la forte présomption que, d'un point de vue systémique, ces certifications [étaient] fiables."⁷⁴² Ensuite, le Groupe spécial a explicitement reconnu que les

⁷³² Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 142.

⁷³³ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 142 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.198).

⁷³⁴ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 145.

⁷³⁵ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 147. (notes de bas de page omises)

⁷³⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 955 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 872 (italique dans l'original)).

⁷³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 955.

⁷³⁸ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 139.

⁷³⁹ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 142.

⁷⁴⁰ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 142.

⁷⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.208.

⁷⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.208.

éléments de preuve du Mexique "donn[aient] ... à penser qu'il y [avait] eu des cas où les certifications par les capitaines n'[avaient] pas [été] fiables".⁷⁴³ Toutefois, il a noté que ces éléments de preuve ne suffisaient pas à réfuter la démonstration générale des États-Unis concernant la fiabilité des certifications des capitaines.⁷⁴⁴ De plus, il n'a pas été convaincu par l'argumentation du Mexique concernant les incitations économiques auxquelles étaient confrontés les capitaines.⁷⁴⁵

7.219. Comme cela a été établi par l'Organe d'appel, les groupes spéciaux disposent d'une marge discrétionnaire pour leur évaluation des faits au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁷⁴⁶ Un groupe spécial ne commet pas d'erreur simplement parce qu'il s'abstient d'accorder aux éléments de preuve le poids qui, selon l'une des parties, devrait leur être accordé.⁷⁴⁷ Dans la présente allégation, le Mexique ne mentionne pas une quelconque pièce particulière que le Groupe spécial a mal interprétée ou n'a pas prise en considération. Il ne signale pas la moindre erreur en ce qui concerne l'objectivité du Groupe spécial dans son évaluation des éléments de preuve. En conséquence, nous estimons que le Mexique n'a pas établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en concluant que "le Mexique ne s'[était] pas acquitté de la charge qui lui incombait d'établir *prima facie* que les certifications par les capitaines [étaient] peu fiables parce que ces derniers [étaient] incités, d'un point de vue financier, à ne pas indiquer avec exactitude le statut *Dolphin Safe* du thon".⁷⁴⁸

7.220. Dans sa deuxième allégation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, le Mexique fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'encerclement des dauphins n'avait lieu que dans l'ETP.⁷⁴⁹ À son avis, "[l]e fait que le Groupe spécial n'a même pas mentionné, encore moins examiné, des éléments de preuve communiqués par le Mexique indiquant que les dauphins s'associaient aux thons et faisaient l'objet d'un encerclement délibéré dans l'océan Indien était incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord".⁷⁵⁰ Le Mexique souligne que la pièce MEX-161 n'a pas été mentionnée ni examinée par le Groupe spécial.⁷⁵¹ Selon lui, la pièce MEX-161, un rapport de R. Charles Anderson intitulé *Cetaceans and Tuna Fisheries in the Western and Central Indian Ocean* (les cétacés et la pêche au thon dans l'océan Indien occidental et central)⁷⁵², contient une analyse complète et scientifique de la mortalité des dauphins dans la zone de pêche au thon de l'océan Indien.⁷⁵³ Le Mexique estime que "le refus du Groupe spécial de traiter cet élément de preuve crucial a joué un rôle essentiel dans sa constatation selon laquelle la présence d'observateurs indépendants n'était pas nécessaire à l'extérieur de l'ETP pour assurer l'exactitude des assertions relatives au caractère *Dolphin Safe*".⁷⁵⁴

⁷⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.209.

⁷⁴⁴ En particulier, le Groupe spécial a conclu que "le fait que les régimes nationaux, régionaux et internationaux [avaient] continué de s'appuyer sur les certifications et les livres de bord des capitaines même si des cas de non-respect des prescriptions [avaient] été signalés, donn[ait] à penser qu'il ne faudrait pas considérer que ces cas de non-respect re[mettaient] sérieusement en cause la fiabilité globale des certifications des capitaines". (rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.209)

⁷⁴⁵ Pour le Groupe spécial, le Mexique n'avait fourni aucun élément de preuve permettant d'établir qu'il était peu probable que les capitaines signalent avec exactitude la mort ou les blessures graves des dauphins. (rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.210)

⁷⁴⁶ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 341; *CE – Amiante*, paragraphe 161; *CE – Hormones*, paragraphe 132; *CE – Sardines*, paragraphe 299; *Japon – Pommes*, paragraphe 221; *Corée – Produits laitiers*, paragraphes 137 et 138; *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

⁷⁴⁷ Rapports de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 267; *Japon – Pommes*, paragraphe 221; *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphe 164.

⁷⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.211.

⁷⁴⁹ Le Mexique note que le Groupe spécial a rejeté sa position en disant que, "même si des dauphins [pouvaient] de façon occasionnelle et accessoire être encerclés à l'extérieur de l'ETP, c'[était] uniquement à l'intérieur de l'ETP que l'encerclement des dauphins [était] pratiqué d'une manière constante ou "systématique". (Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 143 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.242))

⁷⁵⁰ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 143.

⁷⁵¹ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphes 144 et 145.

⁷⁵² R.C. Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries in the Western and Central Indian Ocean*, International Pole and Line Foundation, Technical Report No. 2 (London, 2014) (pièce MEX-161 présentée au Groupe spécial).

⁷⁵³ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphes 143 et 144.

⁷⁵⁴ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 146.

7.221. Les États-Unis rejettent l'appel du Mexique et affirment que "le Mexique n'a pas satisfait au critère élevé requis pour qu'une allégation au titre de l'article 11 aboutisse".⁷⁵⁵ Ils font valoir, premièrement, que le Groupe spécial s'est acquitté de ses obligations au titre de l'article 11 puisqu'il a analysé les éléments de preuve et arguments du Mexique concernant l'existence d'opérations d'encerclement des dauphins à l'extérieur de l'ETP.⁷⁵⁶ Ils soulignent que le Groupe spécial a pris acte de la pièce MEX-161 dans une référence figurant dans une autre partie de son rapport.⁷⁵⁷ Par conséquent, le Groupe spécial "avait le pouvoir discrétionnaire de choisir "quelles preuves ... []utiliser pour faire ses constatations" et le fait qu'il ne s'est pas appuyé sur l'une des pièces du Mexique à un endroit particulier n'est pas suffisant pour établir l'existence d'une violation de l'article 11."⁷⁵⁸ Les États-Unis estiment qu'en tout état de cause, la pièce MEX-161 "n'affaiblit en aucune façon la constatation du Groupe spécial", puisque le rapport reproduit dans cette pièce n'indique pas que "les opérations d'encerclement des dauphins, telles qu'elles sont pratiquées dans l'ETP – qui supposent de chasser les dauphins pour capturer les thons – aient *jamaïs* lieu à l'extérieur de l'ETP" et ne donne pas à penser que "le type d'"association" que les grands senneurs de l'ETP exploitent ... ait lieu où que ce soit ailleurs que dans l'ETP".⁷⁵⁹

7.222. L'allégation centrale formulée par le Mexique en appel est que le Groupe spécial n'a pas examiné les éléments de preuve contenus dans la pièce MEX-161, qui indiquent, selon lui, que les dauphins s'associent aux thons et font l'objet d'un encerclement délibéré dans l'océan Indien. Selon le Mexique, cela équivaut à un manquement du Groupe spécial à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

7.223. Pour commencer, nous observons que le Mexique souligne à juste titre que le Groupe spécial n'a pas examiné la pièce MEX-161 dans la section de son rapport relative aux prescriptions concernant la certification.⁷⁶⁰ Cependant, cela n'équivaut pas nécessairement à un manquement du Groupe spécial à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Comme l'a établi l'Organe d'appel, le simple fait qu'un groupe spécial n'a pas explicitement fait référence à chacun des éléments de preuve dans son raisonnement est insuffisant pour établir le bien-fondé d'une allégation de violation au titre de l'article 11.⁷⁶¹ En effet, il relève du pouvoir discrétionnaire du groupe spécial pour évaluer les faits, "de décider quelles preuves il choisit d'utiliser pour faire ses constatations"⁷⁶² et de déterminer quel poids accorder aux différents éléments de preuve qui lui sont présentés par les parties.⁷⁶³

7.224. En outre, nous observons que la teneur de la pièce MEX-161 est entièrement compatible avec les constatations du Groupe spécial. En effet, nous notons que, devant le Groupe spécial, le Mexique a fait valoir que "les associations entre les thons et les dauphins [avaient] été repérées et [avaient] fait l'objet d'un encerclement délibéré" à l'extérieur de l'ETP et [que], par conséquent, l'absence d'observateurs indépendants à l'extérieur de l'ETP [était] injustifiable."⁷⁶⁴ Après avoir examiné les éléments de preuve communiqués par les deux parties, le Groupe spécial n'a pas été convaincu par les arguments et éléments de preuve du Mexique. Nous notons qu'en réponse à l'argument du Mexique, il a reconnu que les éléments de preuve présentés par le Mexique

⁷⁵⁵ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 160.

⁷⁵⁶ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 156 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 134 relative au paragraphe 7.46).

⁷⁵⁷ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 156 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 134 relative au paragraphe 7.46).

⁷⁵⁸ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 156 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.178).

⁷⁵⁹ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 159 (faisant référence à Anderson, *Cétacés et pêche au thon*). (italique dans l'original)

⁷⁶⁰ Nous notons que le Groupe spécial a bien pris acte de l'existence de la pièce MEX-161, étant donné qu'il y a fait référence dans une partie différente de son rapport. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 134 relative au paragraphe 7.46) Nous observons cependant que cette référence indiquée par le Groupe spécial ne se rapportait pas à la question de la fréquence de l'association entre les thons et les dauphins ni aux pratiques d'encerclement à l'extérieur de l'ETP mais servait plutôt à étayer l'affirmation selon laquelle il existait des éléments de preuve limités concernant l'incidence de la mortalité des dauphins dans les pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. (*Ibid.*)

⁷⁶¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphes 441 et 442; *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 202.

⁷⁶² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 135.

⁷⁶³ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 137.

⁷⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.241 (citant la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 113).

donnaient à penser qu'"il [pouvait] y avoir des interactions entre les thons et les mammifères marins, y compris les dauphins, à l'extérieur de l'ETP".⁷⁶⁵ Toutefois, le Groupe spécial a aussi souligné que "dans les océans Atlantique, Indien, et Pacifique occidental, les dauphins [ne s'associaient pas aux thons] aussi systématiquement qu'ils le [faisaient] dans les eaux tropicales du Pacifique Est".⁷⁶⁶ Ce passage révèle qu'il a bel et bien reconnu et admis l'existence d'une association entre les thons et les dauphins dans l'océan Indien, qui est l'une des questions traitées dans la pièce MEX-161. Nous observons en outre que, alors que cette pièce conclut que "les dauphins et les thons s'associent effectivement dans l'océan Indien occidental"⁷⁶⁷, elle indique aussi que "la seule étude comparative des cétacés de l'océan Indien occidental et de l'ETP ... donnait à penser que la présence de bancs de thons et dauphins était observée moins fréquemment dans l'océan Indien occidental que dans l'ETP."⁷⁶⁸ Cette observation tirée de la pièce MEX-161 semble également conforme aux constatations susmentionnées du Groupe spécial.

7.225. En outre, nous notons que le Groupe spécial a indiqué que, "même si des dauphins [pouvaient] de façon occasionnelle et accessoire être encerclés à l'extérieur de l'ETP, c'[était] uniquement à l'intérieur de l'ETP que l'encerclement des dauphins [était] pratiqué d'une manière constante ou "systématique".⁷⁶⁹ Ce passage montre que, contrairement à ce que le Mexique affirme, le Groupe spécial n'a jamais formulé la constatation selon laquelle "les opérations d'encerclement des dauphins ne sont pratiquées que dans l'ETP".⁷⁷⁰ Au contraire, le Groupe spécial a reconnu que l'encerclement des dauphins pouvait, "de façon occasionnelle et accessoire", avoir lieu à l'extérieur de l'ETP. La pièce MEX-161 indique qu'"il est possible que l'encerclement des dauphins ait été davantage pratiqué dans l'océan Indien occidental que ce qui a été signalé".⁷⁷¹ Dans le même temps, cette pièce indique aussi que "[c]ela ne veut pas dire que la pêche de thons et dauphins dans l'océan Indien occidental ait la même ampleur que dans l'ETP."⁷⁷² L'étude conclut que l'"[on] ne sait toujours pas bien qu'elle est l'ampleur véritable de la pêche à la senne coulissante sur les bancs associés à des dauphins dans l'océan Indien occidental."⁷⁷³ Ces passages indiquent aussi, à notre avis, que les constatations du Groupe spécial concernant le recours à la technique de pêche par encerclement des dauphins dans les pêcheries à l'extérieur de l'ETP sont compatibles avec les conclusions qui figurent dans la pièce MEX-161.

7.226. Pour les raisons qui précèdent, nous concluons que, alors que le Groupe spécial n'a pas expressément fait référence à la pièce MEX-161 dans le contexte de son évaluation des prescriptions concernant la certification, cet élément, en lui-même et à lui seul, est insuffisant pour établir l'existence d'une infraction à l'article 11 du Mémoire d'accord.⁷⁷⁴ Les extraits de la pièce MEX-161 cités par le Mexique montrent que la teneur de cette pièce est entièrement compatible avec les constatations du Groupe spécial et ne donnent pas à penser qu'il y a une association généralisée entre les thons et les dauphins ou un recours généralisé à la technique de la pêche par encerclement des dauphins à l'extérieur de l'ETP.

7.227. Pour toutes les raisons qui précèdent, nous constatons que le Mexique n'a pas établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec son devoir de procéder à une évaluation objective de la question, conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, dans son analyse de la compatibilité des prescriptions concernant la certification énoncées dans la mesure modifiée concernant le thon avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

⁷⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.241.

⁷⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.241 (citant National Marine Fisheries Service, *An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Ocean*, Administrative Report LJ-96-20 (November 1996) (pièce MEX-40 présentée au Groupe spécial), page 2).

⁷⁶⁷ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 145 (citant Anderson, *Cétacés et pêche au thon*, page 63).

⁷⁶⁸ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 145; communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 158 (citant Anderson, *Cétacés et pêche au thon*, page 63).

⁷⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.242.

⁷⁷⁰ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, section VI.B.

⁷⁷¹ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 145 (citant Anderson, *Cétacés et pêche au thon*, page 67).

⁷⁷² Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 145 (citant Anderson, *Cétacés et pêche au thon*, page 67).

⁷⁷³ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 145 (citant Anderson, *Cétacés et pêche au thon*, page 67).

⁷⁷⁴ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Éléments de fixation (Chine)*, paragraphes 441 et 442; *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 202.

7.2.3.4 Conclusions générales sur l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC

7.228. Nous avons constaté que le Groupe spécial avait fait erreur dans son analyse de la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon avait un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.229. S'agissant de l'analyse par le Groupe spécial de la question de savoir si l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, nous n'avons pas constaté d'erreur dans l'énonciation du critère juridique par le Groupe spécial. Toutefois, nous avons constaté une erreur dans la réaffirm[ation] par le Groupe spécial de la "constatation" supposée de l'Organe d'appel selon laquelle "les critères d'admissibilité [étaient] impartiaux et, par conséquent, n[']étaient pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC."⁷⁷⁵ Nous avons constaté en outre que, compte tenu des circonstances du présent différend et de la nature des distinctions établies dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, le Groupe spécial avait fait erreur en n'examinant pas si des différences dans les risques relatifs de dommage découlant pour les dauphins de différentes techniques de pêche dans différentes zones océaniques expliquaient ou justifiaient les différences dans les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification appliquées à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. De plus, nous avons indiqué qu'en raison de l'approche segmentée qu'il avait adoptée dans son analyse des ensembles différents de prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, le Groupe spécial n'avait pas dûment appliqué le critère juridique qu'il avait identifié comme étant pertinent pour une évaluation de l'impartialité, à savoir "si [le traitement] préjudiciable [pouvait] être concilié avec la politique générale poursuivie par la mesure en cause ou [s'il était] rationnellement lié[] à cette politique".⁷⁷⁶

7.230. Prises conjointement, les erreurs que nous avons identifiées dans les deux étapes de l'analyse du "traitement non moins favorable" faite par le Groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC constituent une erreur dans l'application de cette disposition à la mesure modifiée concernant le thon et privent les constatations finales formulées par le Groupe spécial au titre de cette disposition d'un fondement juridique approprié. Par conséquent, nous infirmons les constatations distinctes formulées par le Groupe spécial au paragraphe 8.2 de son rapport, selon lesquelles:

- a. les critères d'admissibilité prévus par la mesure modifiée concernant le thon n'accordent pas au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, et sont donc compatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC;
- b. les prescriptions différentes concernant la certification prévues par la mesure modifiée concernant le thon accordent au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC; et
- c. les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon accordent au thon et aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.2.4 Action de compléter l'analyse juridique

7.231. Nous passons maintenant à l'examen de la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon a mis les États-Unis en conformité avec les recommandations et décisions formulées par l'ORD dans la procédure initiale. Nous rappelons que l'action de compléter l'analyse juridique peut aider à assurer le règlement rapide et la résolution efficace du différend. Toutefois,

⁷⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126.

⁷⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91.

l'Organe d'appel a complété l'analyse juridique uniquement lorsqu'il y avait suffisamment de constatations de fait du Groupe spécial et de faits non contestés versés au dossier qui lui permettaient de le faire.

7.232. Pour établir qu'une mesure est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC, les éléments ci-après doivent être établis: 1) la mesure constitue un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1; 2) les produits importés sont "similaires" aux produits nationaux et aux produits d'autres origines; et 3) le traitement accordé aux produits importés est "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires et/ou aux produits similaires en provenance de tout autre pays.⁷⁷⁷ Se fondant en grande partie sur les constatations formulées dans la procédure initiale et sur les positions des parties, le Groupe spécial a admis que les deux premiers éléments avaient été établis dans la présente procédure de mise en conformité, ce qui n'a pas fait l'objet d'un appel par les participants.⁷⁷⁸

7.233. S'agissant du troisième élément, nous rappelons qu'une analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 comporte deux étapes: i) savoir si le règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés par rapport aux produits similaires d'origine nationale et/ou aux produits similaires originaires de tout autre pays; et, dans l'affirmative, ii) si cet effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁷⁷⁹

7.234. Passant à la première étape, nous examinons si les conditions d'étiquetage dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, prises conjointement, modifient les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis. Pour ce faire, nous devons prendre "dûment connaissance"⁷⁸⁰ des recommandations et décisions et de l'ORD, y compris les constatations d'effet préjudiciable dans la procédure initiale, qui constituent le contexte pertinent pour notre évaluation. Par conséquent, nous commençons par rappeler la constatation formulée par l'Organe d'appel dans la procédure initiale selon laquelle l'effet préjudiciable de la mesure initiale concernant le thon était "causé par le fait que la plupart [des] produits [du thon mexicains] contenaient du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP et n'étaient, donc, pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*, alors que la plupart des produits du thon venant des États-Unis et d'autres pays qui étaient vendus sur le marché des États-Unis contenaient du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP et étaient, donc, admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*".⁷⁸¹ Notre tâche est de vérifier si la mesure modifiée concernant le thon a modifié l'effet préjudiciable qui était associé à la mesure initiale concernant le thon, comme établi dans les constatations qui avaient été formulées par le Groupe spécial initial et par l'Organe d'appel dans la procédure initiale et, en vertu de l'adoption par l'ORD des rapports relatifs à la procédure initiale, font partie des recommandations et décisions de l'ORD en l'espèce.

7.235. Comme nous l'avons déjà expliqué, devant le Groupe spécial et dans la présente procédure d'appel, le Mexique et les États-Unis ont tous deux été d'avis que l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon était le même que celui de la mesure initiale. L'argument central du Mexique concernant l'effet préjudiciable est que les éléments clés de la mesure initiale – en particulier l'exclusion de tout le thon capturé par encerclement des dauphins – et les caractéristiques pertinentes du marché des États-Unis pour les produits du thon restent inchangés,

⁷⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 229.

⁷⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.71. Nous notons que, bien que le Groupe spécial ait indiqué que les produits similaires consistaient à la fois en thon et en produits du thon, le Mexique avait expliqué au Groupe spécial initial qu'il limitait ses allégations aux produits du thon, et les participants ont confirmé à l'audience que les allégations dans le présent différend, que ce soit dans la procédure initiale et la procédure au titre de l'article 21:5, concernaient uniquement les produits du thon. (Voir le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.228 à 7.233, 7.253 et 7.254.)

⁷⁷⁹ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 268 et 271 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215).

⁷⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 136 (faisant références aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 142; *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphes 109 et 121; *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE II)*, paragraphe 61; *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*, paragraphes 68 et 77; et *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 102).

⁷⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 284.

de sorte que la plupart des produits du thon mexicains sont toujours exclus de l'accès au label *Dolphin Safe*, alors que la plupart des produits similaires des États-Unis et d'autres Membres sont toujours admissibles au bénéfice de ce label.⁷⁸² Le Mexique a également soutenu que "presque toute [sa] flottille de thoniers équipés de sennes coulissantes continu[ait] de pêcher dans l'ETP par encerclement des dauphins".⁷⁸³ Les États-Unis pour leur part ne contestent pas que les conclusions sur l'effet préjudiciable formulées par l'Organe d'appel dans la procédure initiale continuent de s'appliquer.⁷⁸⁴ En fait, ils reconnaissent expressément que, "comme la flottille de thoniers mexicaine est composée "presque" entièrement de grands navires équipés de sennes coulissantes pêchant par encerclement des dauphins dans l'ETP, le Mexique n'exporte "aucun produit vers les États-Unis admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* au titre de la mesure modifiée concernant le thon".⁷⁸⁵

7.236. Comme le Groupe spécial initial l'a constaté et comme les deux participants l'ont reconnu dans la présente procédure de mise en conformité, l'accès au label *Dolphin Safe* constitue un "avantage" sur le marché des États-Unis pour les produits du thon du fait de la "valeur commerciale importante" de ce label.⁷⁸⁶ Nous rappelons en outre que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel s'est appuyé sur les constatations de fait du Groupe spécial initial qui indiquait ce qui suit: i) "l'industrie mexicaine de la conserverie du thon est intégrée verticalement et les principaux producteurs et conserveries de produits du thon mexicains possèdent leurs propres navires qui pêchent dans l'ETP"; ii) "les deux tiers au moins de la flottille mexicaine de thoniers équipés de sennes coulissantes pêche dans l'ETP par encerclement des dauphins" et "elle pêche donc du thon qui n'aurait pas le droit d'être contenu dans un produit du thon *Dolphin Safe* au titre des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*"; iii) "la flottille des États-Unis ne pratique pas actuellement l'encerclement des dauphins dans l'ETP"; et iv) "au regard des pratiques actuelles des flottilles de thoniers des États-Unis et du Mexique, la plupart des thons capturés par des navires mexicains, qui sont capturés dans l'ETP par encerclement des dauphins, n'auraient pas le droit d'être contenus dans un produit *Dolphin Safe* au titre des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*", alors que "la plupart du thon capturé par les navires des États-Unis est susceptible d'avoir le droit d'utiliser le label".⁷⁸⁷ Ces différents éléments factuels ont donc servi de fondement à la constatation d'un effet préjudiciable formulée par l'Organe d'appel. À l'audience dans la présente procédure d'appel, le Mexique et les États-Unis ont tous deux confirmé que la situation factuelle pertinente, qui était définie par ces constatations sur lesquelles l'Organe d'appel s'appuyait, n'avait pas changé.

7.237. Nous ne pensons pas que le Groupe spécial a formulé une constatation factuelle quelconque qui aille à l'encontre de ces constatations initiales. En fait, c'est le contraire. Dans son évaluation de la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial a constaté que la distinction réglementaire entre les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche "[avait] pour effet de refuser à certains ... produits du thon [mexicains] ... l'accès au label *Dolphin Safe*".⁷⁸⁸ Compte tenu de ce qui précède, nous ne voyons pas de constatations du Groupe spécial ou d'éléments de preuve non contestés versés au dossier indiquant que la position des produits du thon mexicains

⁷⁸² Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 223, 224, 231 et 232.

⁷⁸³ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 227. Selon le Mexique, en 2012, sa flottille de thoniers pêchant dans l'ETP était constituée de "39 grands navires équipés de sennes coulissantes" et "3 petits navires". (*Ibid.* (faisant référence à Statement of Dr. Michael Dreyfus, Chief Researcher National Program for the Utilization of Tuna and Protection of Dolphins, (28 March 2014) (pièce MEX-84 présentée au Groupe spécial)))

⁷⁸⁴ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.446.

⁷⁸⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 329 (faisant référence à la réponse du Mexique à la question n° 57 du Groupe spécial, et la citant, paragraphes 155 et 146, respectivement). Nous rappelons que, en 2009, les produits du thon mexicains représentaient seulement 1% des produits du thon importés aux États-Unis. (Voir le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.355.)

⁷⁸⁶ Rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.289 et 7.291. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.424.

⁷⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 234 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.310, 7.314, 7.316 et 7.317).

⁷⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.447. Voir aussi le paragraphe 7.498.

en ce qui concerne l'accès au label *Dolphin Safe* a fondamentalement changé à la suite de la mesure modifiée concernant le thon.⁷⁸⁹

7.238. Étant donné que la mesure modifiée concernant le thon conserve la structure et les principes de base généraux de la mesure initiale concernant le thon – en particulier, en ce qui concerne la distinction réglementaire entre les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche – et étant donné que les participants s'accordent à penser que la situation factuelle pertinente n'a pas changé par rapport à la procédure initiale, nous constatons que, en excluant la plupart des produits du thon mexicains de l'accès au label *Dolphin Safe*, tout en accordant un accès conditionnel à ce label aux produits similaires des États-Unis et d'autres pays, la mesure modifiée concernant le thon, comme la mesure initiale, modifie les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis.

7.239. Nous examinons ensuite s'il peut néanmoins être considéré que la mesure modifiée concernant le thon ne constitue pas un traitement moins favorable des produits du thon mexicains du fait que l'effet préjudiciable sur ces produits découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Cet examen nécessite une analyse minutieuse de la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon est, compte tenu des circonstances propres à l'affaire, impartiale dans sa conception, ses principes de base, sa structure révélatrice, son fonctionnement et son application.⁷⁹⁰ Comme nous l'avons noté, dans le cas où une distinction réglementaire n'est pas conçue et appliquée d'une manière impartiale parce que, par exemple, elle est conçue ou appliquée de manière à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, cette distinction ne peut pas être considérée comme légitime aux fins de l'article 2.1.⁷⁹¹ Nous avons aussi expliqué que, dans les circonstances du présent différend, il était approprié d'évaluer si les différences dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de cette pêcherie, d'autre part, étaient adaptées à la probabilité que des dauphins subiraient des effets nuisibles au cours des opérations de pêche au thon dans les pêcheries respectives.⁷⁹²

7.240. Dans la présente procédure au titre de l'article 21:5, le Groupe spécial a relevé les déclarations figurant au paragraphe 292 du rapport de l'Organe d'appel dans la procédure initiale concernant le fondement de la constatation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC de la mesure initiale concernant le thon.⁷⁹³ Dans ce paragraphe, l'Organe d'appel avait déclaré ce qui suit:

D'après les constatations du Groupe spécial [initial], il apparaît donc que la mesure en cause ne remédie pas aux effets nuisibles résultant pour les dauphins de l'utilisation des méthodes de pêche employées de manière prédominante par des flottilles de pêche qui approvisionnent les producteurs de thon des États-Unis et d'autres pays. Le Groupe spécial [initial] a noté que la seule prescription actuellement applicable aux navires équipés de sennes coulissantes et pêchant à l'extérieur de l'ETP prévoyait une

⁷⁸⁹ Étant donné que le règlement final de 2013 a introduit des prescriptions additionnelles concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification pour les produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, il est possible qu'il y ait moins de ces produits admissibles au bénéfice du label que ce n'était le cas dans le cadre de la mesure initiale. Toutefois, il n'apparaît pas qu'il y ait une constatation quelconque du Groupe spécial, ni un élément de preuve quelconque versé au dossier, non contesté ou autre, concernant la mesure dans laquelle les niveaux ou proportions absolus des produits du thon provenant des États-Unis et d'autres pays pouvant accéder au label *Dolphin Safe* ont pu changer par rapport à la situation dans le cadre de la mesure initiale concernant le thon.

⁷⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182.

⁷⁹¹ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271: "[D]ans le cas où une distinction réglementaire n'est pas conçue et appliquée d'une manière impartiale – parce que, par exemple, elle est conçue ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable – cette distinction ne peut pas être considérée comme "légitime" et, par conséquent, l'incidence préjudiciable dénotera une discrimination prohibée en vertu de l'article 2.1."; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.306: "L'un des facteurs les plus importants pour l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable est la question de savoir si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure a été provisoirement justifiée au titre de l'un des alinéas de l'article XX, ou si elle est rationnellement liée à cet objectif."

⁷⁹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 286.

⁷⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.140 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292).

certification par le capitaine indiquant qu'aucune senne coulissante n'avait été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de l'expédition de pêche. Cette prescription ne permet toutefois pas de remédier aux risques découlant des autres méthodes de pêche, telles que les dispositifs de concentration du poisson. Comme le Groupe spécial [initial] l'a indiqué, les risques résultant pour les dauphins des méthodes de pêche autres que l'encercllement des dauphins "ne pourr[ai]ent être surveillé[s] qu'en imposant une prescription de fond différente, à savoir qu'aucun dauphin n'ait été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé".⁷⁹⁴

7.241. Le Groupe spécial a ensuite dit qu'ajouter une nouvelle prescription de fond à la mesure modifiée concernant le thon pour prendre en compte la mortalité ou les blessures graves des dauphins, c'était "précisément ce que les États-Unis [avaient] fait".⁷⁹⁵ Il a rappelé que, en vertu des prescriptions additionnelles incorporées par le règlement final de 2013 dans le régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis, "tout le thon, peu importe où et comment il [avait] été capturé, ne [pouvait] être étiqueté *Dolphin Safe* que s'il n'[avait] pas été capturé lors d'une opération ou autre déploiement d'engins au cours desquelles un ou plusieurs dauphins [avaient] été tués ou gravement blessés."⁷⁹⁶ Le Groupe spécial a déclaré que cela voulait dire que "la certification de fond qui [était] exigée pour tout le thon ... [était] à présent la même."⁷⁹⁷ À son avis, "cette nouvelle uniformité de la certification de fond exigée [prenait] en compte les préoccupations spécifiques identifiées par l'Organe d'appel au paragraphe 292 de son rapport, et met[tait] la mesure modifiée sur la voie de la conformité avec le droit de l'OMC."⁷⁹⁸

7.242. Nous souscrivons à ce raisonnement du Groupe spécial. Comme nous l'avons noté, la question dont le Groupe spécial était saisi était celle de savoir si la mesure modifiée concernant le thon, y compris les nouveaux éléments introduits par le règlement final de 2013, avait permis la mise en conformité des États-Unis avec les recommandations et décisions de l'ORD. Le règlement final de 2013 a introduit dans la mesure modifiée concernant le thon des prescriptions additionnelles qui s'appliquent à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, dont les principales sont les nouvelles prescriptions exigeant: i) que les capitaines certifient qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé quelle que soit la méthode de pêche utilisée; et ii) que tous les thons *Dolphin Safe* soient séparés des thons non-*Dolphin Safe* depuis le moment de la capture jusqu'au bout de la chaîne de transformation.⁷⁹⁹ Aussi, dans la mesure où ces prescriptions servent à accroître la capacité de la mesure modifiée concernant le thon à "remédie[r] ... aux effets nuisibles résultant pour les dauphins de l'utilisation des méthodes de pêche employées de manière prédominante par des flottilles de pêche qui approvisionnent les producteurs de thon des États-Unis et d'autres pays"⁸⁰⁰ à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, il peut être considéré qu'elles pourvoient à l'"adaptation" du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* qui, d'après les constatations de l'Organe d'appel, faisait défaut dans la mesure initiale concernant le thon. Pour évaluer la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon est bien adaptée aux effets nuisibles relatifs sur les dauphins existant à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport aux effets à l'intérieur de cette pêcherie, nous devons examiner s'il y a des constatations de fait pertinentes du Groupe spécial ou des éléments de preuve non contestés versés au dossier concernant les différents profils de risques dans ces différentes pêcheries.

7.243. Le Groupe spécial disposait de nombreux éléments de preuve concernant la nature et la portée des risques relatifs associés aux différentes pratiques de pêche dans différentes zones océaniques. Le Mexique a allégué devant le Groupe spécial que la mesure modifiée concernant le

⁷⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.561). (notes de bas de page omises)

⁷⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.141.

⁷⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.141. (italique dans l'original)

⁷⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.141.

⁷⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.141.

⁷⁹⁹ Comme nous l'avons noté, dans les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon a introduit aussi une prescription concernant les observateurs dans le cas où l'Administrateur adjoint du NMFS avait déterminé que les observateurs étaient qualifiés et habilités à certifier qu'il n'y avait "aucun dauphin tué ou gravement blessé" et, à l'extérieur de la pêcherie à la senne coulissante de l'ETP, qu'il n'y avait "aucun encercllement des dauphins", lorsque ces observateurs étaient déjà à bord du navire.

⁸⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292.

thon n'était pas impartiale parce qu'elle imposait des prescriptions différentes et plus élevées dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport aux autres pêcheries, et que cela n'était pas justifié parce que les effets nuisibles sur les dauphins découlant des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins étaient égaux ou supérieurs aux risques associés à la méthode de l'encerclement.⁸⁰¹ Le Mexique a par ailleurs fait valoir que "les dauphins subissaient des effets nuisibles observés et non observés – y compris des blessures graves ou la mort – du fait des opérations de pêche au thon commerciale dans les pêcheries du monde entier (c'est-à-dire, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'ETP) qui [étaient] menées par tout pays doté d'une flottille de pêche au thon commerciale."⁸⁰² Il a indiqué au Groupe spécial que, depuis la procédure initiale, il avait réuni "des éléments de preuve additionnels substantiels qui indiquaient i) que les pêcheurs de thon lançaient délibérément des filets sur les mammifères marins à l'extérieur de l'ETP et ii) que d'autres méthodes de pêche au thon causaient la mort de dauphins par milliers."⁸⁰³ Le Mexique a présenté des éléments de preuve concernant les méthodes de pêche et les captures accessoires découlant des diverses méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, y compris la mortalité des dauphins due aux pratiques d'encerclement et due à d'autres méthodes de pêche comme celles qui utilisent des dispositifs de concentration du poisson, des filets maillants, et la pêche à la palangre.⁸⁰⁴

7.244. Les États-Unis ont répondu aux allégations du Mexique en faisant valoir qu'il était justifié d'établir des distinctions entre la méthode de l'encerclement des dauphins et les autres méthodes de pêche en raison des risques différents que ces différentes méthodes de pêche présentaient pour les dauphins.⁸⁰⁵ Ils n'ont pas contesté que des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins présentaient des risques pour les dauphins, mais ils se sont appuyés sur la conclusion du

⁸⁰¹ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 13, 248, 263 et 306. Le Mexique a aussi fait valoir devant le Groupe spécial, et en appel, qu'il y avait un point de repère correspondant à une "tolérance zéro" pour le risque prévu dans la mesure modifiée concernant le thon, et que ce point de repère ne permettait pas qu'il y ait des différences dans la réglementation pour tenir compte des différences dans les risques encourus par les dauphins dans les différentes pêcheries. Nous ne considérons pas que cette affirmation diffère sur le fond de la position du Mexique selon laquelle, étant donné qu'il n'y a aucune différence dans les dommages causés aux dauphins dans les différentes pêcheries, tout examen des dommages relatifs n'est pas pertinent pour une analyse de l'impartialité des distinctions établies au titre de la mesure modifiée concernant le thon. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.184; la communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 109; et la communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphes 80 à 87.)

⁸⁰² Deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 319. (note de bas de page omise)

⁸⁰³ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 106.

⁸⁰⁴ Le Mexique a indiqué que ces éléments de preuve étaient les suivants: i) des filets sont lancés sur les dauphins à l'extérieur de l'ETP; ii) il est largement admis et établi scientifiquement que les dauphins sont tués car ils constituent des captures accessoires dans toutes les grandes zones de pêche au thon du monde; iii) des scientifiques ont estimé qu'à l'échelle mondiale, des centaines de milliers de cétacés sont tués chaque année, pris au piège d'engins de pêche, y compris dans les pêcheries des États-Unis; iv) selon les estimations d'un rapport publié sur la pêche à la palangre, dans le cadre du projet de protection des tortues de mer, plus de 18 000 dauphins sont tués chaque année lors d'opérations de pêche à la palangre dans l'océan Pacifique; v) les captures accessoires de dauphins sont importantes lors de l'utilisation de dispositifs de concentration du poisson dans les Philippines, où le nombre de dauphins tués chaque année est estimé à 2 000; vi) la pêche aux filets maillants près des côtes indiennes tue chaque année environ 10 000 cétacés y compris des dauphins, chiffre élevé qui est "alarmant"; vii) lorsque les dauphins ne se noient pas immédiatement dans un filet maillant (effets nuisibles observés), les interactions avec le filet causent leur mort plus tard (effets nuisibles non observés); viii) il est à présent largement reconnu que les dauphins subissent de graves blessures en raison de contacts avec des palangres et que les effets nuisibles sont à la fois observés et non observés; ix) la pêche au chalut tue et blesse les dauphins. (Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 248) En outre, le Mexique a présenté des éléments de preuve à l'appui de l'affirmation qu'il a faite devant le Groupe spécial selon laquelle, alors que les États-Unis avaient allégué que leur régime d'étiquetage *Dolphin Safe* était nécessaire parce que deux stocks de dauphins dans l'ETP – les dauphins tachetés de haute mer du nord-est et les dauphins à long bec de l'est – étaient en déclin, ce n'était plus le cas puisque ces stocks de dauphins étaient en progression. (Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 188 à 194 (faisant référence à AIDCP, 7th Meeting of the Scientific Advisory Board held on 30 October 2009, "Updated Estimates of N_{min} and Stock Mortality Limits", document SAB-07-05 (pièce MEX-91 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-4 présentée au Groupe spécial); AIDCP, 22nd Meeting of the Parties held on 30 October 2009, Minutes (pièce MEX-117 présentée au Groupe spécial initial; pièce MEX-5 présentée au Groupe spécial), item 8 on p. 4, and Appendix 8 on p. 10; M.N. Maunder, "Evaluating recent trends in EPO dolphin stocks", IATTC draft paper (pièce MEX-81 présentée au Groupe spécial); et V.R. Restrepo, Chair's Report of the ISSF Tuna-Dolphin Workshop held on 25-26 October 2012 (pièce MEX-82 présentée au groupe spécial), page 3).)

⁸⁰⁵ Deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 92.

Groupe spécial initial selon laquelle "certaines techniques de pêche sembl[ai]ent présenter de plus grands risques pour les dauphins que d'autres"⁸⁰⁶ et la "conclusion" de l'Organe d'appel selon laquelle l'"encerclement des dauphins était particulièrement dommageable pour ces derniers."⁸⁰⁷ Les États-Unis ont aussi présenté de nombreux éléments de preuve pour démontrer que "l'encerclement des dauphins caus[ait] à la fois des dommages observés et non observés aux dauphins."⁸⁰⁸ En ce qui concerne les dommages observés, ils ont allégué que le "nombre de dauphins tués dans la zone de pêche au thon à la senne coulissante de l'ETP ... [était] le plus grand recensé pour une pêcherie" et que le Mexique n'avait pas fourni d'éléments de preuve démontrant que d'autres méthodes de pêche avaient tué autant de dauphins dans une pêcherie que l'encerclement des dauphins.⁸⁰⁹ De plus, les États-Unis ont répondu à l'affirmation du Mexique selon laquelle d'autres méthodes de pêche causaient des dommages aux dauphins qui étaient égaux ou supérieurs aux dommages causés par l'encerclement des dauphins, en présentant des éléments de preuve émanant d'organisations régionales de gestion de la pêche, de programmes d'observation et de scientifiques, sur les niveaux de dommages observés associés aux méthodes de pêche utilisées en vue de l'élaboration de produits du thon destinés au marché des États-Unis, comme la pêche à la senne coulissante ne recourant pas à l'encerclement, la pêche à la palangre et la pêche à la canne.⁸¹⁰ En ce qui concerne les dommages non observés, les États-Unis ont estimé que les autres pêcheries n'"engendr[ai]ent [pas] le même niveau de dommages non observés, tels que la séparation des mères et des petits, les blessures musculaires, et les défaillances des systèmes immunitaire et reproducteur, ... qui "découl[ait] de la chasse elle-même", que la pêcherie à la senne coulissante dans l'ETP."⁸¹¹ À l'appui de cette position, les États-Unis ont présenté des données de la CITT sur le nombre de dauphins chassés et capturés pendant la période 2009-2013 montrant que l'"ampleur des dommages non observés causés par la chasse dans l'ETP [était] sans précédent."⁸¹²

⁸⁰⁶ Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 71 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.438; et faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 288).

⁸⁰⁷ Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 71 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289).

⁸⁰⁸ Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 89 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.493, 7.504 et 7.738; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 251).

⁸⁰⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 16 (faisant référence à T. Gerrodette, "The Tuna-Dolphin Issue", in *Encyclopedia of Marine Mammals*, 2nd edn, W.F. Perrin, B. Würsig, J.G.M. Thewissen (eds.) (Oxford, 2009), page 1192 (pièce US-29 présentée au Groupe spécial)).

⁸¹⁰ Les États-Unis ont indiqué que les éléments de preuve qu'ils avaient présentés démontraient ce qui suit: i) dans l'ETP, les encerclements de dauphins étaient à l'origine de presque tous les cas observés de dauphins morts et gravement blessés alors que les encerclements de dauphins représentaient moins de la moitié du nombre total d'encerclements en moyenne; ii) le pourcentage de dauphins tués dans la pêcherie à la senne coulissante de l'ETP en raison de leur encerclement n'a jamais représenté moins de 99% de la mortalité totale observée de dauphins pendant la période 2009-2013; iii) dans la pêcherie à la senne coulissante de l'océan Pacifique occidental et central, la mortalité des dauphins pour 1 000 opérations était estimée à 26,98 dauphins pendant la période 2007-2009 et à 2,64 dauphins en 2010, alors que dans la pêcherie à la senne coulissante de l'ETP, la mortalité des dauphins pour 1 000 opérations était de 56,1 dauphins en 2009 et de 53,4 dauphins en 2010; iv) le nombre moyen de dauphins tués chaque année dans les pêcheries à la palangre des États-Unis situées dans l'Atlantique et à Hawaï entre 2006 et 2010 ne représentait qu'une simple fraction du nombre de dauphins tués chaque année dans l'ETP et du nombre pouvant être tué au titre de l'AIDCP; v) dans la pêcherie à la palangre de Hawaï, le nombre moyen annuel de dauphins morts entre 2006 et 2010 était estimé à 40,4 animaux par année; vi) la pêche à la canne n'était pas associée à des captures accessoires de dauphins ou de tout autre mammifère marin; et vii) la pêche à la senne coulissante autre que par encerclement des dauphins, la pêche à la palangre et la pêche à la canne étaient souvent employées sans qu'il n'y ait aucun dauphin en vue du navire et sans qu'il n'y ait aucune interaction avec des dauphins, alors que tous les encerclements de dauphins étaient intrinsèquement dangereux pour ces animaux. (Deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 23 (soulignage omis))

⁸¹¹ Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 113 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphes 7.499 et 7.504; et faisant référence à l'étude A.C. Myrick, Jr. and P.C. Perkins, "Adrenocortical color darkness and correlates as indicators of continuous acute pre-mortem stress in chased and purse-seine captured male dolphins" (1995) 2 *Pathophysiology* (pièce US-11 présentée au Groupe spécial initial; pièce US-48 présentée au Groupe spécial), page 191).

⁸¹² Réponse des États-Unis à la question n° 15 du Groupe spécial, paragraphe 82. Les États-Unis ont ajouté que les "données de la CITT indiqu[ai]ent que pendant la période 2009-2013, les grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP ont chassé 31,3 millions de dauphins et en ont capturé 18,5 millions". (*Ibid.* (faisant référence à Tables Summarizing Fishery-by-Fishery Evidence on the Record (pièce US-127 présentée au Groupe spécial), Table 1, "Association of Dolphins and Tuna in Various Fisheries) (souligné dans l'original)) Voir aussi la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 73

7.245. Nous rappelons que, au début de son évaluation des dommages relatifs causés par l'encerclement des dauphins par rapport à d'autres méthodes de pêche, le Groupe spécial s'est principalement intéressé aux dommages non observés associés à différentes méthodes de pêche.⁸¹³ Notant que l'Organe d'appel avait constaté que l'encerclement des dauphins causait à la fois des dommages observés et non observés aux dauphins, le Groupe spécial a néanmoins estimé que "ce qui rend[ait] l'encerclement des dauphins particulièrement dommageable, c'[était] le fait qu'il caus[ait] certains effets non observés *au-delà* de la mortalité et des blessures "découl[ant] de la chasse elle-même".⁸¹⁴ Par la suite, le Groupe spécial a reconnu que "[l]es éléments de preuve présentés par le Mexique, en particulier dans sa première communication écrite, donn[ai]ent] assurément à penser qu'un nombre très important de dauphins [étaient] tués au cours d'opérations de pêche au thon à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP."⁸¹⁵ Le Groupe spécial a donc admis que la pêche au thon dans les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP pouvait causer, et de fait avait causé, des dommages importants aux dauphins.

7.246. Le Groupe spécial n'a toutefois pas examiné ce que les éléments de preuve présentés par les parties indiquaient s'agissant de l'ensemble des dommages *relatifs*, à la fois observés et non observés, associés à l'encerclement des dauphins et à d'autres pratiques de pêche, mais s'est intéressé uniquement à la question de savoir si ces éléments de preuve remettaient en question son interprétation selon laquelle ces pratiques de pêche pouvaient être distinguées sur la base des dommages non observés. Ainsi, en ce qui concerne la pêche aux filets maillants, le Groupe spécial a fait référence aux éléments de preuve substantiels produits par le Mexique montrant que ces filets tuaient et blessaient gravement les dauphins, mais a dit qu'aucun de ces éléments de preuve n'indiquait que les filets maillants avaient le même type d'effets non observés que l'encerclement des dauphins.⁸¹⁶ De même, en ce qui concerne la pêche à la palangre, le Groupe spécial a dit que, même si les éléments de preuve du Mexique indiquaient que la pêche à la palangre avait un effet défavorable sur la viabilité des populations de dauphins, aucun de ces éléments de preuve ne donnait à penser que la pêche à la palangre avait des effets non observés semblables à ceux qui étaient causés par l'encerclement des dauphins.⁸¹⁷ En outre, le Groupe spécial a explicitement reconnu que le Mexique avait présenté des éléments de preuve concernant l'importance de la mortalité et des blessures graves causées par des méthodes de pêche au thon comme la pêche au moyen de dispositifs de concentration du poisson, la pêche à la palangre, la pêche aux filets maillants, la pêche au chalut et la pêche aux filets dérivants, mais a à nouveau été d'avis qu'aucun de ces éléments ne donnait à penser que ces méthodes de pêche avaient les mêmes types d'effets non observés que l'encerclement des dauphins.⁸¹⁸ Le Groupe spécial a donc conclu que le Mexique n'avait pas démontré que des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins "caus[ai]ent] régulièrement" des dommages semblables aux dommages causés aux dauphins par leur encerclement.⁸¹⁹

(faisant référence à IATTC, Eastern Pacific Ocean (EPO) Dataset 2009-2013 (9 May 2014) (pièce US-26 présentée au Groupe spécial (corrigée)); réponse des États-Unis à la question n° 31 du Groupe spécial initial, paragraphe 70; et IDCP, 34th Meeting of the International Review Panel held on 9-10 October 2003, "Effectiveness of Technical Guidelines to Prevent High Mortality During Sets on Large Dolphin Herds", Document IRP-34-10 (revised) (pièce US-27 présentée au Groupe spécial), tableau 2, page 4). Les États-Unis ont aussi contesté la position du Mexique selon laquelle eux-mêmes estimaient que les stocks de dauphins dans l'ETP se rétablissaient, et ont présenté leurs propres preuves scientifiques pour montrer que les populations de dauphins n'augmentaient pas. (Voir la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 104 à 108 (faisant référence à, entre autres choses, A.E. Punt, *Independent Review of the Eastern Pacific Ocean Dolphin Population Assessment*, IATTC Special Report 21 (2013) (pièce US-49 présentée au Groupe spécial), pages 5 et 6; et S.B. Reilly et al., *Report of the Scientific Research Program Under the International Dolphin Conservation Program Act*, NOAA Technical Memorandum NMFS (March 2005) (pièce US-28 présentée au Groupe spécial), pages 31 et 32).)

⁸¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.120 et 7.121 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289; et citant, sans le nommer, le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.499).

⁸¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.504).

⁸¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.129 (faisant référence à la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, section III.A).

⁸¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.130.

⁸¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.131.

⁸¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.132. (notes de bas de page omise)

⁸¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.135: "[N]ous sommes d'avis que le Mexique n'a pas fourni d'éléments de preuve suffisants pour démontrer que l'encerclement des dauphins ne cause pas de dommages

7.247. Nous notons que la conclusion du Groupe spécial pourrait être lue comme laissant entendre qu'il a constaté que le Mexique n'avait pas démontré que des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins causaient régulièrement des dommages observés et non observés aux dauphins semblables aux dommages observés causés par l'encerclement des dauphins, et que le Mexique n'avait pas non plus démontré que ces autres méthodes de pêche causaient des dommages non observés aux dauphins semblables à ceux qui étaient causés par l'encerclement des dauphins. Or, en fait, lorsque la conclusion du Groupe spécial est lue conjointement au raisonnement qui la précède, il est clair qu'elle repose seulement sur la constatation du Groupe spécial selon laquelle les dommages *non observés* étaient différents entre la méthode de l'encerclement et les autres méthodes de pêche. Cela est dû au fait que, chaque fois que le Groupe spécial a fait référence aux éléments de preuve relatifs à la mortalité ou aux blessures graves observées résultant de méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins, c'était uniquement pour établir que ces dommages existaient, mais sans indiquer si la nature ou l'importance de ces dommages pouvaient être *comparées aux* dommages observés résultant de l'encerclement des dauphins. En effet, bien que le Groupe spécial ait fait référence à la mortalité ou aux blessures graves observées résultant de méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins, il n'a, à notre sens, jamais comparé ces dommages avec ceux qui résultaient de l'encerclement des dauphins de façon à procéder à une évaluation comparative de l'importance de ces dommages les uns *par rapport aux* autres.

7.248. La portée limitée de la conclusion du Groupe spécial est pertinente à deux égards. Premièrement, le désaccord entre les parties sur la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon était impartiale reposait sur des hypothèses fondamentalement différentes concernant les risques associés à différentes pratiques de pêche. Le Mexique maintenait que la mortalité ou les blessures graves observées qui découlaient de pratiques autres que l'encerclement des dauphins étaient "égales ou supérieures à"⁸²⁰ celles qui étaient associées à l'encerclement des dauphins, alors que les États-Unis affirmaient que les risques associés aux pratiques autres que l'encerclement des dauphins étaient "bien loin de la mortalité ou des blessures graves des dauphins observées qui [étaient] causées par l'encerclement des dauphins".⁸²¹ Les parties étaient aussi en désaccord sur la nature et la portée des dommages non observés. Les États-Unis soutenaient que l'association entre les thons et les dauphins et les dommages non observés connexes étaient propres à la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP⁸²², tandis que le Mexique maintenait que cette association existait aussi à l'extérieur de l'ETP, et que les dommages non observés découlaient aussi de méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins.⁸²³ En n'examinant pas les risques relatifs présentés par différentes méthodes de pêche en ce qui concerne la mortalité ou les blessures graves *observées*, et en s'intéressant uniquement à la différence plus étroite dans les risques respectifs attribuables aux dommages *non observés*, le Groupe spécial n'a jamais tranché la question des niveaux généraux de risque dans les différentes pêcheries, et de savoir s'ils pouvaient être comparés les uns aux autres, alors que les deux parties avaient examiné ces profils de risque comparatifs dans leur argumentation pour étayer leurs arguments concernant l'impartialité. Nous notons, à cet égard, que, à l'audience du présent appel, le Mexique et les États-Unis ont tous deux critiqué le Groupe spécial pour s'être intéressé à un ensemble de dommages trop étroit et, en particulier, pour ne pas avoir traité les dommages observés.

7.249. Deuxièmement, il était, à notre avis, particulièrement important de parvenir à une conclusion au sujet des risques *relatifs* attribuables à différentes pêcheries, y compris au sujet à la fois des dommages observés et non observés, étant donné que la question même que le Groupe spécial cherchait à examiner était celle de savoir si les nouvelles prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon, qui s'appliquaient exclusivement aux pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, prenaient en compte de façon adéquate les risques de dommage pour les dauphins qui existaient dans ces pêcheries.⁸²⁴ De plus,

observés et non observés aux dauphins, ou que d'autres méthodes de pêche au thon causent régulièrement des dommages semblables."

⁸²⁰ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 13, 248, 263 et 306.

⁸²¹ Deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 201. Voir aussi la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 236.

⁸²² Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 85, 338 et 339.

⁸²³ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 248.

⁸²⁴ Comme nous l'avons indiqué, il apparaît que le Groupe spécial a cherché à examiner cette question en raison de l'importance qu'il attachait à la conclusion formulée par l'Organe d'appel durant la procédure initiale selon laquelle "les risques résultant pour les dauphins des méthodes de pêche autres que

les deux principales prescriptions additionnelles – à savoir qu'un capitaine doit certifier qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé, et que les thons capturés doivent être séparés dans des zones de stockage *Dolphin Safe* et non-*Dolphin Safe* – visent toutes deux à améliorer la façon dont la mesure remédie aux risques de mortalité ou de blessures graves observées à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Or, le Groupe spécial n'a jamais cherché à comparer les dommages *relatifs* s'agissant de la mortalité ou des blessures graves *observées*. En fait, il a tiré une conclusion en se fondant uniquement sur une évaluation comparative des dommages *non observés*. Sur la base des éléments qui précèdent, nous ne considérons pas que le Groupe spécial s'est mis en position de procéder à une évaluation de la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon était impartiale dans la façon dont elle prenait en compte les risques respectifs liés à l'encerclement des dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et aux autres méthodes de pêche à l'extérieur de cette pêcherie.

7.250. Nous rappelons que, dans la procédure initiale, la question concernant les risques relatifs pour les dauphins dans différentes pêcheries était traitée dans les constatations du Groupe spécial initial selon lesquelles les effets nuisibles, à savoir une mortalité ou des blessures graves observées, se produisaient dans des pêcheries à l'extérieur de l'ETP, mais la mesure initiale concernant le thon n'exigeait aucune certification pour le thon capturé dans ces pêcheries attestant qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé. Sur cette base, l'Organe d'appel avait été en mesure de conclure que, si la mesure initiale concernant le thon prenait pleinement en compte les effets nuisibles résultant pour les dauphins de leur encerclement dans l'ETP, elle ne "vis[ait] pas la mortalité (observée ou non observée) découlant des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins pratiquées à l'extérieur de l'ETP".⁸²⁵ Dans ces circonstances, il était raisonnable de considérer que, quelles que soient les différences éventuelles dans les risques relatifs, la mesure initiale concernant le thon ne prenait pas en compte l'incidence des dommages découlant de pratiques autres que l'encerclement des dauphins parce qu'aucune certification n'était exigée pour attester si des dauphins avaient été tués ou gravement blessés. Pour cette raison, l'Organe d'appel avait été en mesure d'indiquer que, "*même si l'on admet[tait] que la technique de pêche par encerclement des dauphins [était] particulièrement dommageable pour ces derniers*", il n'était pas convaincu que la mesure était impartiale, comme les États-Unis le faisaient valoir.⁸²⁶

7.251. Néanmoins, dans la présente procédure au titre de l'article 21:5, la question concernant les profils de risques relatifs associés aux différentes pratiques de pêche dans différentes zones océaniques est devenue plus critique. Étant donné que la mesure modifiée concernant le thon a introduit une prescription à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP voulant que les capitaines certifient qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé, et que, à cette fin, la séparation des thons *Dolphin Safe* et non-*Dolphin Safe* soit maintenue, l'exercice consistant à évaluer si ces nouvelles prescriptions sont suffisantes pour remédier aux risques encourus par les dauphins à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP exige une meilleure compréhension du profil de risque relatif à l'extérieur de cette pêcherie par rapport aux risques encourus par les dauphins à l'intérieur de cette pêcherie et, en particulier, les risques associés à l'encerclement des dauphins.⁸²⁷ De plus, comme nous l'avons noté, les parties ont présenté des analyses opposées,

l'encerclement des dauphins ne pourr[ai]ent être surveillé[s] qu'en imposant une prescription de fond différente, à savoir qu'aucun dauphin n'ait été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.140 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292))

⁸²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.544).

⁸²⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297. (pas d'italique dans l'original)

⁸²⁷ En appel, le Mexique plaide en faveur de l'utilisation d'un point de repère "objectif, établi scientifiquement" – comme les niveaux de prélèvements biologiques potentiels (PBP) – qui pourraient servir à comparer la manière dont chacune des différentes méthodes de pêche affecte la viabilité des populations de dauphins. (Communication du Mexique en tant qu'autre appellant, paragraphe 110) Pour leur part, les États-Unis relèvent l'insuffisance des données liées aux PBP dans l'ensemble des pêcheries et rejettent la pertinence des niveaux de PBP pour l'examen des profils de risques relatifs. (Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphes 88 à 90) Nous n'excluons pas que le recours à de tels indicateurs objectifs puisse être utile pour évaluer si des différences réglementaires dans le traitement des différentes pêcheries peuvent être expliquées par le fait que ce traitement est adapté, ou proportionné, aux risques relatifs résultant pour les dauphins de différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.

étayées par de nombreux arguments et éléments de preuve, sur les raisons pour lesquelles les risques relatifs de mortalité ou de blessures graves observées justifiaient ou ne justifiaient pas les différences de traitement réglementaire à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP prévues par la mesure modifiée concernant le thon.

7.252. Nous n'ignorons pas qu'il est difficile de faire une telle évaluation des risques respectifs, particulièrement au vu des éléments de preuve très controversés présentés par les parties.⁸²⁸ Nous ne pensons pas non plus que le Groupe spécial était nécessairement en position de se forger une idée définitive ou précise de la mesure dans laquelle les profils de risque pertinents étaient différents. Toutefois, pour les raisons exposées plus haut, nous ne considérons pas que le Groupe spécial dans la présente procédure a entrepris d'examiner l'importance de la mortalité ou des blessures graves résultant des méthodes de pêche utilisées dans différentes zones océaniques de façon à pouvoir apprécier correctement l'ensemble des risques ou niveaux de dommages relatifs pour les dauphins existant dans ces pêcheries, ce qui était nécessaire pour évaluer si les différences dans les conditions d'étiquetage *Dolphin Safe* au titre de la mesure modifiée concernant le thon étaient bien adaptées, et proportionnées, à ces risques respectifs.

7.253. Par exemple, nous notons la constatation du Groupe spécial selon laquelle les capitaines, comparés aux observateurs, ne disposent pas nécessairement et toujours des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé.⁸²⁹ Comme le Groupe spécial l'a constaté, cette différence, entre les capitaines et les observateurs indépendants, dans la formation et les compétences techniques respectives requises pour certifier le statut *Dolphin Safe* du thon "peut aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui est contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon".⁸³⁰ Nous notons aussi les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles les prescriptions concernant le repérage et la vérification qui s'appliquent à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP sont moins contraignantes que celles qui s'appliquent à l'intérieur de cette pêcherie du point de vue de la portée, de l'exactitude et du degré de surveillance par les pouvoirs publics⁸³¹ et que cela "peut contribuer à l'étiquetage inexact du thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP".⁸³² N'ayant pas effectué une évaluation appropriée des risques relatifs existant à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, le Groupe spécial a limité sa capacité de déterminer si les aspects discriminatoires de la mesure modifiée concernant le thon pouvaient être décrits comme étant bien adaptés, ou proportionnés, aux différences entre ces risques compte tenu de l'objectif consistant à protéger les dauphins des effets nuisibles existant dans les différentes pêcheries. Pour des raisons similaires, l'analyse limitée du Groupe spécial en ce qui concerne les profils de risques relatifs restreint à son tour notre capacité de compléter l'analyse juridique à cet égard.

7.254. Il y a toutefois d'autres caractéristiques de la mesure modifiée concernant le thon qui ne dépendent pas d'une évaluation des risques relatifs associés à différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques. En particulier, nous avons déjà examiné l'analyse du Groupe spécial concernant les dispositions relatives aux déterminations énoncées dans la mesure modifiée concernant le thon, et en particulier les dispositions qui déclenchent une prescription imposant la fourniture d'une certification par des observateurs pour des pêcheries spécifiques dans les cas où les risques de dommages pour les dauphins dans ces pêcheries seraient d'une ampleur comparable à ceux qui existent dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Nous rappelons, dans ce contexte, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les dispositions relatives aux déterminations font "partie intégrante" du "système de certification" dans le cadre du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis.⁸³³ En général, pour le thon pêché dans des pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la

⁸²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.46. Le Groupe spécial a déclaré que "les éléments de preuve factuels pertinents [étaient] très controversés et, en ce qui concerne quelques-unes des questions en litige, peu nombreux" et que, "[e]n particulier, il apparaiss[ait] qu'il y [avait] des preuves scientifiques limitées en ce qui concerne l'importance et la nature de la mortalité des dauphins dans certaines pêcheries situées à l'extérieur de l'ETP". (*Ibid.*)

⁸²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233.

⁸³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233.

⁸³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.354 et 7.370.

⁸³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.382.

⁸³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.257.

(les) certification(s) requise(s) doit (doivent) uniquement être fournie(s) par un capitaine. Toutefois, comme nous l'avons expliqué plus haut, selon la catégorie de pêche concernée, et selon si certaines déterminations ont été faites par l'Administrateur adjoint du NMFS, en plus d'exiger la (les) certification(s) par le capitaine, la mesure modifiée concernant le thon dans certaines circonstances subordonne aussi l'accès au label *Dolphin Safe* à la fourniture d'une certification par un observateur qualifié et agréé au sujet des conditions "aucun encerclement des dauphins" et "aucun dauphin tué ou gravement blessé", lorsqu'il y a lieu. En particulier, cette certification par un observateur est requise si l'Administrateur adjoint du NMFS a fait une détermination selon laquelle: i) dans la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins, semblable à l'association entre les thons et les dauphins dans l'ETP; ou ii) dans "toutes les autres pêcheries"⁸³⁴, il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins.⁸³⁵

7.255. Lorsque nous avons examiné l'analyse par le Groupe spécial des prescriptions concernant la certification dans le cadre de la deuxième étape de l'analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous n'avons pas admis le bien-fondé des allégations des États-Unis selon lesquelles le Groupe spécial avait fait erreur dans son analyse des dispositions relatives aux déterminations énoncées à l'article 1385 d) 1) B) i) et d) 1) D) de la DPCIA et à l'article 216.91 a) 2) i) et a) 4) iii) du règlement d'application. Spécifiquement, nous avons constaté que le Mexique avait dûment indiqué les dispositions relatives à la détermination dans le cadre de son allégation plus large au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, et que les États-Unis n'avaient pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur, que ce soit dans son application de l'article 2.1 ou au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, lorsqu'il avait analysé les dispositions relatives aux déterminations en se concentrant sur la conception, la structure et le fonctionnement attendu de la mesure.

7.256. Nous notons que, dans leur conception⁸³⁶, les dispositions relatives aux déterminations semblent s'appliquer à toutes les pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP où le risque de dommage pour les dauphins est proche de celui qui existe dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. En effet, ce lien est explicite d'après la façon dont est libellée la disposition relative aux déterminations applicable à la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP dans la mesure où elle concerne une constatation de l'existence d'une association régulière et importante "semblable à celle qui existe dans [l'ETP]".⁸³⁷ Comme le Groupe spécial l'a expliqué, il "apparaît que [l]es dispositions [relatives aux déterminations] sont conçues pour permettre aux États-Unis d'imposer des conditions aux pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP quand les conditions dans ces autres pêcheries se rapprochent de celles qui existent dans la pêche des grands navires de l'ETP".⁸³⁸ Comme le Groupe spécial l'a fait

⁸³⁴ Nous rappelons que la catégorie de "toutes les autres pêcheries" comprend celle des navires non équipés de sennes coulissantes dans toute pêche et celle des petits navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP.

⁸³⁵ Nous avons par ailleurs noté que la mesure modifiée concernant le thon prévoyait aussi, pour les pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la fourniture d'une certification par un observateur, dans les cas où l'Administrateur adjoint du NMFS avait déterminé que les observateurs étaient qualifiés et habilités à certifier qu'il n'y avait "aucun dauphin tué ou gravement blessé" et, pour les navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP, qu'il n'y avait "aucun encerclement des dauphins", et que ces observateurs étaient déjà à bord du navire pour d'autres raisons.

⁸³⁶ Les États-Unis ont confirmé, dans leurs réponses aux questions posées à l'audience, que, jusqu'ici, l'Administrateur adjoint du NMFS n'avait pas déterminé qu'il y avait une pêche à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP où il y avait soit association régulière et importante entre les dauphins et les thons soit mortalité ou blessures graves régulières et importantes des dauphins. (Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.22.) Nous notons aussi que, en répondant aux observations publiques sur le projet de règlement final de 2013, le MNFS a relevé la question ci-après qu'il avait reçue: "Y a-t-il une procédure définie pour déterminer ce qui est "régulier et important", et le Département du commerce l'a-t-elle définie?" Le MNFS a répondu que le règlement final de 2013 ne visait pas à examiner ou réviser le critère "régulier et important" qui figurait déjà dans la DPCIA et dans le règlement d'application et que le MNFS n'avait pas fait de déterminations parce qu'il ne disposait "pas de rapports fiables indiquant l'existence d'une pêche dans le monde, autre que celle des thoniers équipés de sennes coulissantes de l'ETP, où un grand nombre de dauphins étaient systématiquement et régulièrement chassés et encerclés chaque année par des thoniers, ou d'une zone de pêche au thon où il y avait une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins". (Règlement final de 2013, point 11, page 41000)

⁸³⁷ Article 1385 d) 1) B) i) de la DPCIA; article 216.91 a) 2) i) du règlement d'application.

⁸³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.263. Le membre du Groupe spécial ayant rédigé une opinion séparée a aussi cité les dispositions relatives aux déterminations comme exemple de cas où la mesure

observer, cela permet de garantir que les situations semblables sont traitées de la même manière dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon. Ainsi, dans la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, la prescription existante voulant qu'un capitaine fournisse une certification au sujet des conditions "aucun encerclement des dauphins" et "aucun dauphin tué ou gravement blessé" est complétée par une prescription additionnelle exigeant la certification par un observateur pour ces deux conditions lorsqu'il est déterminé qu'il y a association régulière et importante entre les thons et les dauphins, semblable à celle qui existe dans l'ETP. Lorsqu'une telle détermination de l'existence d'une association entre les thons et les dauphins dans la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP est établie, les prescriptions concernant la certification sont donc plus élevées à l'égard de *qui* doit établir les certifications requises (capitaine et observateur). De plus, la mesure modifiée concernant le thon indique explicitement que cette détermination doit être établie lorsque l'association est semblable à l'association entre les dauphins et les thons dans l'ETP.⁸³⁹ Puisque le Groupe spécial a constaté que les observateurs étaient plus qualifiés, et donc plus susceptibles d'établir des certifications exactes en ce qui concerne la mortalité ou les blessures graves, il apparaît, à notre avis, que cette détermination renforce la corrélation, dans le cas des pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, entre les risques de dommage pour les dauphins et la manière dont la mesure cherche à remédier à ces risques.

7.257. On peut dire la même chose au sujet de la disposition relative aux déterminations applicable à "toutes les autres pêcheries", qui complète la prescription existante voulant qu'un capitaine fournisse une certification au sujet de la condition "aucun dauphin tué ou gravement blessé" par une prescription exigeant la même certification par un observateur lorsqu'il est déterminé qu'il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes dans cette pêche. Lorsqu'une telle détermination est établie, les prescriptions concernant la certification sont donc plus élevées à l'égard de *qui* doit établir les certifications requises (capitaine et observateur). Bien que la mesure modifiée concernant le thon n'indique pas les critères qui servent à établir une détermination de l'existence d'une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes, nous interpréterions la référence à une mortalité ou des blessures graves "régulières" et "importantes" comme indiquant qu'il existe des risques de mortalité ou de blessures graves des dauphins qui sont égaux ou supérieurs à ceux qui existent dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Nous estimons donc qu'il apparaît aussi que cette détermination renforce la corrélation, en ce qui concerne "toutes les autres pêcheries", entre les risques de dommage pour les dauphins et la manière dont la mesure cherche à remédier à ces risques.

7.258. Comme le Groupe spécial, nous notons toutefois qu'il n'apparaît pas que les dispositions relatives aux déterminations prennent en compte d'autres cas où il peut y avoir des risques plus élevés de dommage pour les dauphins associés à des méthodes de pêche particulières dans les pêcheries autres que celle des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁸⁴⁰ Comme il a été dit, la disposition relative aux déterminations applicable à la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP permet l'ajout d'une prescription imposant la certification par un observateur s'il est déterminé qu'il y a "association régulière et importante", mais pas pour une détermination de l'existence d'"une mortalité et de blessures graves régulières et importantes".⁸⁴¹ À notre avis, cela est difficilement conciliable avec le fait que cette certification par un observateur est exigée dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, et que la détermination, fondée sur l'existence d'"une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes", peut être établie en vertu de l'autre disposition pertinente relative aux déterminations, laquelle est applicable à "toutes les autres pêcheries".⁸⁴² Nous rappelons, à cet égard, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les capitaines, comparés aux observateurs,

modifiée concernant le thon "permett[ait] aux États-Unis d'imposer les mêmes prescriptions dans les pêcheries où le même niveau de risque exist[ait]". (*Ibid.*, paragraphe 7.280)

⁸³⁹ Article 1385 d) 1) B) i) de la DPCIA; article 216.91 a) 2) i) du règlement d'application.

⁸⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.263. Comme le Groupe spécial l'a expliqué, en vertu des dispositions relatives aux déterminations, "les pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP peuvent être traitées de façon différente, et moins contraignante, dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, même dans les cas où les conditions existant dans ces pêcheries ressemblent à celles qui existent dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, du point de vue du taux de mortalité des dauphins ou du niveau de l'association entre les thons et les dauphins." (*Ibid.*)

⁸⁴¹ Article 1385 d) 1) B) i) de la DPCIA; article 216.91 a) 2) i) du règlement d'application.

⁸⁴² Article 1385 d) 1) D) de la DPCIA; article 216.91 a) 4) iii) du règlement d'application.

ne disposent pas nécessairement et toujours des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé.⁸⁴³

7.259. D'après le Groupe spécial, lorsqu'il leur a été demandé pourquoi des pêcheries spécifiques entrant dans la catégorie de la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP ne pouvaient pas faire l'objet d'une détermination indiquant qu'elles causaient "une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins", les États-Unis n'ont donné aucune explication.⁸⁴⁴ En appel, les États-Unis expliquent qu'une approche axée sur la mortalité ne prendrait pas en compte les dommages non observés résultant pour les dauphins de leur encerclement.⁸⁴⁵ Ils soutiennent aussi que, étant donné la corrélation positive directe entre l'association entre les thons et les dauphins et la mortalité et les blessures graves observées dans les pêcheries à la senne coulissante, il n'y a aucun élément de preuve dans le dossier montrant qu'il existe une pêche à la senne coulissante où il y a une mortalité régulière et importante sans qu'il y ait aussi une association entre les thons et les dauphins.⁸⁴⁶ Nous ne trouvons pas ces arguments convaincants. Premièrement, même si nous convenons qu'une approche axée *uniquement* sur la mortalité peut ne pas prendre en compte les dommages *non observés* résultant pour les dauphins de leur encerclement, la question qui se pose ici est en fait celle de savoir si les dispositions relatives aux déterminations devraient *aussi* prendre en compte une situation de mortalité ou blessures graves régulières et importantes *en plus de* prendre en compte une situation d'association régulière et importante entre les thons et les dauphins. Toutes les préoccupations concernant les dommages non observés découlant de l'encerclement des dauphins seraient prises en compte par la disposition relative aux déterminations existante dans la mesure où celle-ci exige une certification par un observateur s'il y a une détermination de l'existence d'une "association régulière et importante". En revanche, nous craignons que la disposition relative aux déterminations ne permette pas un règlement comparable d'un scénario de risque où il y a mortalité ou blessures graves régulières et importantes dans le cas de pratiques ne recourant pas à l'encerclement utilisées par des navires équipés de sennes coulissantes à l'intérieur et non à l'extérieur de l'ETP.

7.260. Deuxièmement, nous ne trouvons pas convaincant l'argument des États-Unis selon lequel l'imposition d'une prescription concernant les observateurs n'est pas fondée en l'absence d'éléments de preuve de l'existence d'une pêche à la senne coulissante où il y a une mortalité régulière et importante sans qu'il y ait aussi une association entre les thons et les dauphins. Nous ne sommes pas convaincus que, en l'absence d'association entre les thons et les dauphins, il n'est pas possible qu'il y ait une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes dans une pêche. Comme l'Organe d'appel l'a noté dans la procédure initiale, exiger une certification attestant que les navires équipés de sennes coulissantes n'ont pas procédé à l'encerclement des dauphins ne permet pas de remédier aux risques découlant de l'utilisation par ces navires d'autres méthodes de pêche, telles que des dispositifs de concentration du poisson.⁸⁴⁷ De plus, la mesure modifiée concernant le thon envisage l'existence de risques de mortalité ou de blessures graves en l'absence d'encerclement des dauphins puisque la disposition relative aux déterminations liée à une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes s'applique dans "toutes les autres pêcheries" existant à l'intérieur comme à l'extérieur de l'ETP. Pour les raisons qui précèdent, nous ne trouvons aucune explication convaincante des raisons pour lesquelles un tel scénario devrait être exclu du régime d'étiquetage *Dolphin Safe*, écartant ainsi la possibilité de déclencher l'ajout d'une prescription concernant les observateurs pour les activités ne recourant pas à l'encerclement dans la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, alors qu'une telle prescription existe déjà pour les activités ne recourant pas à l'encerclement dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et, lorsqu'une détermination est faite, dans "toutes les autres pêcheries".

7.261. Nous considérons aussi que nos observations sur les dispositions relatives aux déterminations sont particulièrement pertinentes compte tenu des déclarations faites par l'Organe d'appel au sujet des lacunes de la mesure initiale concernant le thon. L'Organe d'appel a déclaré qu'il ne comprenait pas que le Groupe spécial initial avait indiqué que l'imposition d'une prescription voulant qu'un observateur indépendant certifie qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé serait le seul moyen permettant aux États-Unis d'adapter leurs dispositions en

⁸⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233.

⁸⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.260.

⁸⁴⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 242.

⁸⁴⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 243 à 245.

⁸⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292.

matière d'étiquetage *Dolphin Safe* en fonction des risques qui, selon les constatations du Groupe spécial initial, étaient causés par des techniques de pêche autres que l'encerclement des dauphins. L'Organe d'appel a ajouté toutefois qu'"une telle prescription [pouvait] être appropriée dans des circonstances où les dauphins [étaient] confrontés à des risques élevés de mortalité ou de blessures graves".⁸⁴⁸ Ainsi, même si les États-Unis ont pu raisonnablement chercher à mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD en mettant en place une condition "aucun dauphin tué ou gravement blessé" autrement que par le biais d'une certification par un observateur, l'Organe d'appel a aussi indiqué qu'une prescription concernant les observateurs pouvait être appropriée lorsque des dauphins étaient confrontés à des risques élevés de mortalité ou de blessures graves.

7.262. En ce qui concerne la disposition relative aux déterminations applicable à "toutes les autres pêcheries", se pose aussi la question de savoir si cette disposition prend suffisamment en compte les scénarios dans lesquels il peut y avoir des risques élevés de dommage associés à des méthodes de pêche particulières à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Nous rappelons que, pour cette catégorie de pêcherie, la disposition relative aux déterminations prévoit l'ajout d'une prescription imposant la certification par un observateur s'il est déterminé qu'il y a "mortalité ou blessures graves régulières et importantes", mais ne le prévoit pas pour une détermination de l'existence d'une "association régulière et importante".⁸⁴⁹

7.263. Aussi bien devant le Groupe spécial qu'en appel, les États-Unis font valoir qu'il n'est pas nécessaire de ménager la possibilité de faire une détermination liée à l'association entre les thons et les dauphins dans ces pêcheries puisque cette détermination n'aurait aucun effet sur le taux de mortalité ou de blessures graves causées par les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins.⁸⁵⁰ Comme les États-Unis l'expliquent, s'il y a une corrélation entre l'association entre les thons et les dauphins et le risque de mortalité ou de blessures graves, les risques élevés pour les dauphins seraient déjà pris en compte par une détermination concernant une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes.⁸⁵¹ Les États-Unis mettent aussi en doute les risques présentés par cette corrélation, notant que l'association entre les thons et les dauphins est dangereuse pour les dauphins uniquement lorsqu'un navire équipé de sennes coulissantes interagit délibérément avec les dauphins et cherche à tirer avantage de cette association en les encerclant avec des sennes coulissantes.⁸⁵²

7.264. Nous jugeons relativement fondée l'affirmation des États-Unis selon laquelle le point le plus pertinent à prendre en considération en ce qui concerne l'association entre les thons et les dauphins est celui de savoir s'il y a un navire qui a la capacité de cibler délibérément cette association et d'en tirer avantage, et qui causerait donc les dommages observés et non observés aux dauphins qui sont liés à la méthode de pêche de l'encerclement des dauphins. Comme les États-Unis, nous reconnaissons que les autres pêcheries auxquelles s'applique cette disposition relative aux déterminations ne concernent pas les opérations des grands navires équipés de sennes coulissantes, qui sont les seuls navires considérés comme ayant la capacité d'encercler des dauphins. En même temps, nous prenons également note de l'avis du Groupe spécial selon lequel, chaque fois que les dauphins s'associent aux thons, "la probabilité qu'ils interagissent avec les engins déployés pour la pêche au thon est plus forte, même si cette interaction est accidentelle ou involontaire".⁸⁵³ Pour cette raison, le Groupe spécial a considéré que, même pour les méthodes de pêche qui ne ciblaient pas délibérément l'association entre les dauphins et les thons, "le risque de mortalité ou de blessures graves [était] forcément plus élevé"⁸⁵⁴ dans les cas où il y avait association et que, en conséquence, "la présence d'observateurs [pouvait] être nécessaire chaque fois qu'il exist[ait] une association entre les thons et les dauphins "régulière et importante", que

⁸⁴⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 612 relative au paragraphe 296.

⁸⁴⁹ Article 1385 d) 1) D) de la DPCIA; article 216.91 a) 4) iii) du règlement d'application.

⁸⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261.

⁸⁵¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 247. Les États-Unis font aussi valoir que, en tout état de cause, les éléments de preuve versés au dossier vont à l'encontre de la "logique" suivie par le Groupe spécial, puisqu'ils montrent que, dans l'ETP, où l'existence d'une association entre les thons et les dauphins n'est pas contestée, les dommages observés sont très limités dans le cas des navires qui n'encerclent pas les dauphins. (*Ibid.*, paragraphes 248 et 249)

⁸⁵² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 253.

⁸⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261. Selon le Groupe spécial, "plus il y a de dauphins à proximité, plus la probabilité qu'un ou plusieurs dauphins soient tués ou gravement blessés est forte". (*Ibid.*)

⁸⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261.

cette association ait lieu dans une pêcherie à la senne coulissante ou dans tout autre type de pêcherie.⁸⁵⁵ On ne voit pas non plus très bien si l'association entre les dauphins et les thons rend forcément plus élevé le risque résultant pour les dauphins des méthodes de pêche autres qu'à la senne coulissante, ni si ce risque plus élevé pourrait être pris en compte de façon adéquate par une détermination indiquant qu'il y a "mortalité ou blessures graves régulières et importantes". Dans la mesure où il peut de fait y avoir un risque plus élevé pour les dauphins en raison d'une association, comparable à celui qui existe dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, même dans les cas où les méthodes de pêche employées ne peuvent pas entraîner l'encerclement des dauphins, et où ce risque ne serait pas pris en compte par une détermination de l'existence d'une "mortalité ou de blessures graves régulières ou importantes", nous considérerions que cet aspect est pertinent pour une évaluation de l'impartialité de la mesure modifiée concernant le thon.

7.265. Enfin, nous notons que notre analyse concernant les dispositions relatives aux déterminations repose sur l'existence de risques à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP qui sont d'une ampleur comparable à ceux qui existent dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁸⁵⁶ Comme le Groupe spécial l'a expliqué, il "apparaît que [l]es dispositions [relatives aux déterminations] sont conçues pour permettre aux États-Unis d'imposer des conditions aux pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP quand les conditions dans ces autres pêcheries se rapprochent de celles qui existent dans la pêcherie des grands navires de l'ETP".⁸⁵⁷ Nous rappelons que, d'après notre examen de la mesure en cause, il existe des différences entre les prescriptions documentaires que la mesure modifiée concernant le thon applique à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP en ce qui concerne la séparation.⁸⁵⁸ Nous rappelons aussi que le Groupe spécial a constaté que les différences dans les prescriptions concernant le repérage et la vérification étaient telles qu'il y avait des différences dans la portée, l'exactitude, et le degré de surveillance par les pouvoirs publics juridiquement requis par la mesure modifiée concernant le thon en ce qui concerne les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, d'une part, et à partir de thon capturé dans toutes les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, d'autre part.⁸⁵⁹ Dans ces circonstances, on s'attendrait à ce que toute détermination à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP entraîne non seulement des

⁸⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.262.

⁸⁵⁶ Nous notons que les dispositions relatives aux déterminations peuvent aussi viser à prendre en compte des situations où les risques pour les dauphins sont d'une ampleur comparable à ceux qui sont associés à l'autre méthode de pêche qui est exclue de l'accès au label *Dolphin Safe*, à savoir la pêche au moyen de grands filets dérivants en haute mer.

⁸⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.263. Le membre du Groupe spécial ayant rédigé une opinion séparée a aussi cité les dispositions relatives aux déterminations comme exemple de cas où la mesure modifiée concernant le thon "permett[ait] aux États-Unis d'imposer les mêmes prescriptions dans les pêcheries où le même niveau de risque exist[ait]". (*Ibid.*, paragraphe 7.280)

⁸⁵⁸ Nous avons noté lors de notre examen de la mesure en cause que le régime de séparation du thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP s'appuyait sur des prescriptions documentaires reposant sur des TTF distincts, l'un servant à enregistrer des données sur chaque opération de pêche au thon *Dolphin Safe*, et l'autre servant à enregistrer les mêmes données pour les opérations non-*Dolphin Safe*. Tout le thon capturé par de grands navires battant pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP doit être accompagné de ces TTF et les importateurs de thon et de produits du thon contenant du thon capturé par de grands navires ne battant pas pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes dans l'ETP doivent indiquer les numéros de TTF lorsqu'ils présentent les documents requis pour l'importation. De plus, les TTF ou les numéros de TTF accompagnent le thon en question depuis le moment de la capture tout au long du processus de pêche et de production. Nous avons noté par ailleurs que, dans toutes les pêcheries à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, il était obligatoire de séparer les thons *Dolphin Safe* des thons non-*Dolphin Safe* depuis le moment de la capture jusqu'au bout de la chaîne de transformation.

⁸⁵⁹ Le Groupe spécial a constaté, par exemple, que, pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, il était possible de remonter jusqu'à l'opération particulière lors de laquelle le thon avait été capturé et à la cuve dans laquelle il avait été entreposé, mais pour les produits du thon contenant du thon capturé dans d'autres pêcheries, il pouvait être remonté seulement jusqu'au navire qui avait capturé le thon et à l'expédition au cours de laquelle il avait été capturé. Le Groupe spécial a aussi relevé l'absence de mécanisme, en ce qui concerne le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, permettant de s'assurer qu'une certification particulière correspondait et restait associée à un lot spécifique de thons tout au long du processus de production. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.354 à 7.368)

prescriptions concernant la certification plus élevées, mais aussi des prescriptions concernant le repérage et la vérification qui fonctionnent avec la certification et la renforcent pour remédier au risque plus élevé.

7.266. En conclusion, en l'absence d'une évaluation appropriée par le Groupe spécial des risques respectifs pour les dauphins à l'intérieur et à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, nous ne sommes pas en mesure de compléter l'analyse juridique et d'évaluer pleinement si toutes les distinctions réglementaires établies au titre de la mesure modifiée concernant le thon peuvent être expliquées et justifiées compte tenu des différences dans les risques relatifs associés à différentes méthodes de pêche au thon dans différentes zones océaniques. Néanmoins, nous avons été en mesure d'examiner l'impartialité des conditions d'étiquetage appliquées au titre de la mesure modifiée concernant le thon dans certains scénarios qui présenteraient des risques d'une ampleur comparable pour les dauphins à l'intérieur et à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Nous avons constaté, à cet égard, que des aspects de la conception de la mesure modifiée concernant le thon dénotaient un manque d'impartialité. En particulier, nous avons estimé que les dispositions relatives aux déterminations ne prévoyaient pas que les conditions de fond régissant l'accès au label *Dolphin Safe* soient renforcées par une certification par l'observateur dans toutes les circonstances où les risques étaient d'ampleur comparable, et que cela pouvait aussi entraîner des prescriptions concernant le repérage et la vérification différentes de celles qui s'appliquaient à l'intérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Pour cette raison, il n'a pas été démontré que les différences dans les conditions d'étiquetage *Dolphin Safe* au titre de la mesure modifiée concernant le thon étaient adaptées, ou proportionnées, aux risques résultant pour les dauphins de différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques. Puisqu'il s'ensuit, en conséquence, que l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon ne peut pas être considéré comme découlant exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, nous constatons que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.3 Articles I^{er}, III et XX du GATT de 1994

7.3.1 Articles I:1 et III:4 du GATT de 1994

7.267. Nous passons maintenant à l'examen du point de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse de la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

7.268. Les États-Unis nous demandent d'infirmes les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les prescriptions concernant la certification ainsi que les prescriptions concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon sont incompatibles avec les articles I:1 et III:4.⁸⁶⁰ Ils allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les deux ensembles de prescriptions prévus par la mesure modifiée concernant le thon: i) accordaient au thon et aux produits du thon en provenance des autres Membres un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" qui n'était pas, "immédiatement et sans condition, étendu[]" aux produits similaires en provenance du Mexique, d'une manière incompatible avec l'article I:1; et ii) soumettaient le thon et les produits du thon mexicains à un "traitement moins favorable" que celui qui était accordé aux produits nationaux similaires, d'une manière incompatible avec l'article III:4. Les États-Unis n'avancent pas d'arguments indépendants à l'appui de ces allégations, mais renvoient au lieu de cela aux arguments qu'ils avaient développés dans leur contestation des erreurs alléguées du Groupe spécial concernant l'effet préjudiciable des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁸⁶¹ En réponse à cela, le Mexique réitère son allégation selon laquelle, au lieu de formuler des constatations d'incompatibilité séparées pour chaque ensemble de critères, "le Groupe spécial aurait dû analyser la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble"⁸⁶² et conclure que la mesure était incompatible avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.⁸⁶³ De l'avis du Mexique, le fait que le Groupe spécial n'a pas formulé de constatations

⁸⁶⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 43, 357 et 359 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.3.b et 8.3.c).

⁸⁶¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 357 et 359.

⁸⁶² Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphes 179 et 182.

⁸⁶³ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphes 75 et 77.

d'incompatibilité avec les articles I:1 et III:4 en ce qui concerne la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble équivaut à une erreur de droit.⁸⁶⁴

7.269. Avant d'examiner le fondement des allégations d'erreur des participants, nous exposons d'abord l'analyse et les constatations pertinentes du Groupe spécial.

7.270. Dans l'exposé de son analyse, le Groupe spécial a noté que l'article I:1 du GATT de 1994 renfermait un "critère[] juridique[] différent[]" de celui énoncé à l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁸⁶⁵ Pour le Groupe spécial, "alors que l'article I:1 prescrit *uniquement* une analyse du point de savoir si les conditions associées à un avantage ont un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés sur le marché pertinent, l'article 2.1 ... impose l'examen *additionnel* du point de savoir si tout effet préjudiciable découle néanmoins exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁸⁶⁶ Le Groupe spécial a toutefois noté que l'accent mis sur le point de savoir "si les conditions imposées pour l'accès à un avantage modifi[ai]ent les conditions de concurrence au détriment des produits importés similaires" était "semblable" à une analyse de l'effet préjudiciable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, "qui port[ait] de même sur l'effet d'une mesure sur les possibilités de concurrence des produits importés".⁸⁶⁷ De même, dans son analyse au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial a fait observer que, contrairement à l'article 2.1 de l'Accord OTC, l'article III:4 n'exigeait pas d'un groupe spécial qu'il examine si l'effet préjudiciable d'une mesure sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁸⁶⁸ Il a noté toutefois que le critère du "traitement non moins favorable" énoncé dans cette disposition "[était] très semblable au premier élément du critère du "traitement moins favorable" énoncé à l'article 2.1 de l'Accord OTC".⁸⁶⁹ Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial a jugé "approprié" d'appliquer les constatations qu'il a formulées au sujet de l'effet préjudiciable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC à son analyse de la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.⁸⁷⁰

7.271. Le Groupe spécial a ensuite examiné séparément si chacun des trois ensembles de prescriptions prévus par la mesure modifiée concernant le thon – les critères d'admissibilité, les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification – était compatible avec l'article I:1.⁸⁷¹ De même, le Groupe spécial a effectué des examens séparés de la compatibilité de chacun des trois ensembles de prescriptions avec l'article III:4.⁸⁷²

7.272. Commençant par les critères d'admissibilité, le Groupe spécial a noté que les parties étaient convenues qu'en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, la plupart des produits du thon mexicains continuaient d'être obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et se voyaient donc refuser l'accès au label *Dolphin Safe*, alors que la plupart des produits similaires originaires des États-Unis et d'autres Membres n'étaient pas obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et étaient donc admissibles au bénéfice du label.⁸⁷³ Le Groupe spécial a considéré que la distinction réglementaire entre les produits du thon obtenus à

⁸⁶⁴ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 72.

⁸⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.432 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.94).

⁸⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.432 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.93). (italique dans l'original)

⁸⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.433. Le Groupe spécial a noté également que le "Mexique [faisait] référence à ses allégations factuelles au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC pour étayer son argument au titre de l'article I:1 du GATT de 1994". (*Ibid.*, paragraphe 7.434 (faisant référence à la deuxième communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 202))

⁸⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.479 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.117).

⁸⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.481.

⁸⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.434 et 7.495.

⁸⁷¹ Rapport du Groupe spécial, sections 7.6.1.2.2.2, 7.6.1.2.2.3 et 7.6.1.2.2.4, respectivement.

⁸⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.498 et 7.499, 7.500 et 7.501, et 7.502 et 7.503, respectivement. Le Groupe spécial a fait le raisonnement selon lequel il était nécessaire de séparer son évaluation suivant les trois ensembles de prescriptions parce que le Mexique avait exposé ses allégations au titre des articles I:1 et III:4 en termes de "conditions différentes en matière d'étiquetage", ce qui englobe donc non seulement l'inadmissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins, mais aussi les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification. (*Ibid.*, paragraphes 7.430 et 7.492)

⁸⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.444 à 7.446.

partir de thon capturé par encerclement des dauphins et les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche "[avait] pour effet de refuser [aux] ... produits du thon [mexicains] un avantage commercial précieux (c'est-à-dire l'accès au label *Dolphin Safe*)".⁸⁷⁴ Par conséquent, le Groupe spécial a conclu que les critères d'admissibilité modifiaient les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis, d'une manière incompatible avec les articles I:1⁸⁷⁵ et III:4 du GATT de 1994.⁸⁷⁶

7.273. S'agissant des prescriptions concernant la certification, le Groupe spécial a rappelé que, dans son analyse de l'effet préjudiciable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, il avait constaté que ces prescriptions imposaient "une charge moins lourde" pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport à celle imposée pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'intérieur de cette pêcherie.⁸⁷⁷ Selon le Groupe spécial, l'imposition d'une prescription concernant les observateurs dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, associée à l'absence de cette prescription dans les autres pêcheries, "donne en [elle-même] fortement à penser que la mesure modifiée concernant le thon impose certaines conditions concernant l'accès au label *Dolphin Safe* pour *certain*s produits du thon seulement".⁸⁷⁸ De l'avis du Groupe spécial, en imposant pour les produits du thon contenant du thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP une condition "additionnelle[], plus lourde[] ou plus contraignante[]" pour accéder au label *Dolphin Safe* que celle qui est imposée pour les produits du thon contenant du thon capturé dans d'autres pêcheries, les prescriptions concernant la certification "modifi[ent] ... les possibilités de concurrence ... des produits du thon similaires", d'une manière incompatible avec les articles I:1⁸⁷⁹ et III:4 du GATT de 1994.⁸⁸⁰

7.274. Enfin, s'agissant des prescriptions concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial a rappelé que, dans son analyse de l'effet préjudiciable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, il avait constaté que les prescriptions applicables aux produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP étaient "moins contraignant[es]" que celles qui étaient applicables aux produits du thon contenant du thon capturé dans cette pêcherie.⁸⁸¹ Le Groupe spécial a considéré qu'en imposant pour ce dernier groupe de produits une condition "additionnelle[]" et plus "contraignante[]" pour accéder au label que celle qui était imposée pour le premier groupe de produits, les prescriptions concernant le repérage et la vérification "compromett[aient] l'égalité des possibilités de concurrence", d'une manière incompatible avec les articles I:1⁸⁸² et III:4 du GATT de 1994.⁸⁸³

7.275. Sur la base de ce qui précède, le Groupe spécial a formulé des constatations séparées selon lesquelles les critères d'admissibilité, les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification étaient les uns et les autres incompatibles avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.⁸⁸⁴

7.276. Comme le montre l'exposé ci-dessus, l'analyse par le Groupe spécial de la compatibilité des critères d'admissibilité avec les articles I:1 et III:4 diffère quelque peu de son analyse de l'effet préjudiciable allégué découlant de ces critères au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Dans le contexte des articles I:1 et III:4, le Groupe spécial a évalué la mesure dans laquelle l'exclusion des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins affectait les conditions de concurrence relatives des produits du thon mexicains, des États-Unis et d'autres

⁸⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.447. Voir aussi le paragraphe 7.498.

⁸⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.447.

⁸⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.499.

⁸⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.454.

⁸⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.455. (italique dans l'original)

⁸⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.455.

⁸⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.501.

⁸⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.463.

⁸⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.464.

⁸⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.503.

⁸⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.3.a, 8.3.b et 8.3.c, respectivement. Ensuite, le Groupe spécial a constaté que les "critères d'admissibilité" satisfaisaient aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 (*ibid.*, paragraphe 8.5.a), alors que ce n'était pas le cas des "prescriptions concernant la certification" et des "prescriptions concernant le repérage et la vérification". (*Ibid.*, paragraphe 8.5.b et 8.5.c, respectivement)

pays sur le marché des États-Unis, alors que, dans le contexte de l'article 2.1, le Groupe spécial a simplement "réaffirm[é]" la constatation alléguée de l'Organe d'appel selon laquelle les critères d'admissibilité étaient impartiaux, sans évaluer expressément leur incidence sur l'accès au label *Dolphin Safe* pour les groupes pertinents de produits du thon similaires.⁸⁸⁵ À l'inverse, dans ses analyses séparées de la compatibilité avec les articles I:1 et III:4 des prescriptions différentes concernant la certification et des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, l'approche du Groupe spécial ressemblait beaucoup à l'approche qu'il avait suivie pour évaluer l'effet préjudiciable allégué de chacun de ces ensembles de prescriptions au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.277. Nous rappelons que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a critiqué l'"idée" du Groupe spécial initial selon laquelle les allégations au titre de l'Accord OTC et celles au titre du GATT de 1994 étaient "pour l'essentiel les mêmes". L'Organe d'appel a constaté, pour cette raison, que le Groupe spécial initial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord et avait appliqué d'une manière erronée le principe d'économie jurisprudentielle en s'abstenant de se prononcer sur les allégations du Mexique au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.⁸⁸⁶ Cela tient au fait que, contrairement à l'article 2.1 de l'Accord OTC, les articles I:1 et III:4 n'exigent pas d'un groupe spécial qu'il examine si l'effet préjudiciable d'une mesure sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁸⁸⁷ En outre, contrairement à celle prévue à l'article 2.1 de l'Accord OTC, l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée énoncée à l'article I:1 n'est pas exprimée en termes de "traitement non moins favorable", mais plutôt au moyen d'une obligation d'accorder "immédiatement et sans condition" *tout* "avantage" accordé par un Membre à *tout* produit originaire ou à destination de *tout* autre pays au "produit similaire" originaire ou à destination de tous les autres pays.⁸⁸⁸

7.278. Nonobstant ces différences, il existe des parallèles importants entre les dispositions relatives à la non-discrimination figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC et celles figurant dans les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. En particulier, l'examen au titre de ces dispositions repose sur la question de savoir si la mesure en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché du Membre défendeur au détriment des produits importés en provenance du Membre plaignant par rapport aux produits nationaux similaires ou aux produits similaires importés de tout autre pays.⁸⁸⁹ Par conséquent, pour évaluer si une mesure affecte les conditions de concurrence au titre de l'article I:1 et/ou de l'article III:4 du GATT de 1994, il peut être raisonnable qu'un groupe spécial s'appuie sur toutes constatations pertinentes qu'il a formulées dans son examen de l'effet préjudiciable de cette mesure au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Pour ces raisons, nous ne trouvons pas que le fait que le Groupe spécial s'est appuyé, dans ses analyses au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, sur certains raisonnements et constatations découlant de ses analyses de l'effet préjudiciable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC était, en lui-même, inapproprié.

7.279. Cependant, nous rappelons que nous avons déjà exprimé un certain nombre de préoccupations au sujet de l'approche suivie par le Groupe spécial, dans son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, pour évaluer si la mesure modifiée concernant le thon a un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis.⁸⁹⁰

7.280. Premièrement, nous estimons qu'en segmentant son analyse suivant les trois ensembles de prescriptions prévus par la mesure modifiée concernant le thon, le Groupe spécial n'a pas effectué une évaluation globale de la façon dont ces diverses conditions d'étiquetage, prises conjointement, affectaient défavorablement les conditions de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis par rapport aux produits du thon similaires des États-Unis et d'autres pays. Le Groupe spécial n'a pas non plus dûment pris en considération la question de savoir si et en quoi cet effet préjudiciable ressemblait, de par sa nature ou son importance, à

⁸⁸⁵ Voir la section 7.2.2 du présent rapport.

⁸⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 405.

⁸⁸⁷ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.93 et 5.105.

⁸⁸⁸ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.81.

⁸⁸⁹ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.88 et 5.101; *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 129; *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 180; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 268.

⁸⁹⁰ Voir la section 7.2.2 du présent rapport.

l'effet préjudiciable dont l'existence a été constatée, dans la procédure initiale, en vertu de la mesure initiale concernant le thon. Ces considérations s'appliquent également à l'approche analytique du Groupe spécial au titre des articles I:1 et III:4. À notre avis, l'examen par le Groupe spécial de l'accès relatif au label *Dolphin Safe* pour les produits du thon du Mexique, des États-Unis et d'autres pays n'aurait pas dû se limiter à la distinction réglementaire entre les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche. En effet, bien que les produits du thon mexicains puissent se voir refuser l'accès au label *Dolphin Safe* au motif qu'ils sont obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins, d'autres éléments de la mesure modifiée concernant le thon, tels que le critère "aucun dauphin tué ou gravement blessé" et les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, peuvent aussi exclure certains produits du thon des États-Unis ou d'une autre origine de l'accès au label. Ainsi, le Groupe spécial aurait dû aussi évaluer en quoi les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification introduites par le règlement final de 2013 pour les produits du thon provenant de l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP avaient pour effet de diminuer (ou d'accroître) l'accès au label *Dolphin Safe* pour ces produits du thon, réduisant (ou accentuant) ainsi la différence de traitement entre les produits du thon mexicains et les produits similaires des États-Unis ou d'autres pays pour ce qui est de l'accès au label *Dolphin Safe*. Étant donné que le Groupe spécial n'a pas fait cela, son analyse segmentée ne constitue pas un examen approprié de la mesure dans laquelle les diverses conditions d'étiquetage prévues par la mesure modifiée concernant le thon, prises conjointement, modifient l'effet préjudiciable dont l'existence a été constatée dans la procédure initiale.

7.281. Deuxièmement, nous avons noté que, dans ses analyses distinctes de l'effet préjudiciable relatives aux prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, le Groupe spécial avait fait une comparaison pour un sous-ensemble des groupes de produits pertinents dont il a été constaté qu'ils étaient "similaires" en l'espèce – d'une part, les produits du thon mexicains obtenus à partir de thon capturé autrement que par encerclement des dauphins; d'autre part, les produits du thon des États-Unis et d'autres pays obtenus à partir de thon capturé autrement que par encerclement des dauphins. Nous avons estimé que, pour formuler ses conclusions sur l'effet préjudiciable, le Groupe spécial aurait dû, au lieu de cela, comparer le traitement que les conditions d'étiquetage prévues par la mesure modifiée concernant le thon accordaient au *groupe* des produits du thon mexicains, d'une part, avec le traitement accordé aux *groupes* des produits du thon similaires des États-Unis et d'autres pays, d'autre part. Ces considérations s'appliquent avec la même force à l'approche analytique adoptée, et aux groupes de produits comparés par le Groupe spécial pour évaluer si les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification établissent une discrimination à l'égard des produits du thon mexicains au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

7.282. Pour les raisons exposées ci-dessus, nous considérons qu'en évaluant si la mesure modifiée concernant le thon modifie les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial a appliqué une approche incorrecte. Nous constatons donc que le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse du point de savoir si la mesure modifiée concernant le thon: i) accordait aux produits du thon en provenance des autres Membres un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" qui n'était pas, "immédiatement et sans condition étendu[]" aux produits similaires en provenance du Mexique, d'une manière incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994; et ii) soumettait les produits du thon mexicains à un "traitement moins favorable" que celui qui était accordé aux produits nationaux similaires, d'une manière incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, nous infirmos les constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 8.3 a), 8.3 b) et 8.3 c) de son rapport, selon lesquelles les critères d'admissibilité, les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification sont les uns et les autres incompatibles avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

7.283. Ayant infirmé ces constatations du Groupe spécial, nous ne jugeons pas nécessaire de nous prononcer sur les allégations présentées en appel par les États-Unis selon lesquelles: i) le Groupe spécial a attribué à tort la charge de la preuve au titre des articles I:1 et III:4 en formulant des constatations sur les coûts et charges différents imposés par les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification aux fournisseurs de produits du thon opérant à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes

coulissantes de l'ETP⁸⁹¹; ii) le Groupe spécial a fait erreur en constatant une différence dans les coûts et charges découlant des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification et en n'expliquant pas comment toute différence de ce type modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains⁸⁹²; et iii) le Groupe spécial n'a pas établi d'une manière appropriée qu'il existait une véritable relation entre les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification et tout effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence du Mexique sur le marché des États-Unis.⁸⁹³

7.3.2 Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994

7.284. Le Groupe spécial a constaté que les caractéristiques de la mesure modifiée concernant le thon qui donnaient lieu à des violations des articles I^{er} et III se rapportaient à l'objectif de conservation des dauphins et, par conséquent, étaient provisoirement justifiées au regard de l'article XX g) du GATT de 1994.⁸⁹⁴ Aucun participant n'a contesté cette constatation en appel.⁸⁹⁵ Nous passons donc à l'examen des allégations des États-Unis et du Mexique concernant l'analyse et les constatations du Groupe spécial au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Avant d'examiner ces allégations, nous exposons d'abord les constatations pertinentes du Groupe spécial.

7.3.2.1 Constatations du Groupe spécial

7.285. En analysant le moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX du GATT de 1994, le Groupe spécial a cherché à déterminer si les prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon, y compris ses critères d'admissibilité, ses prescriptions concernant la certification et ses prescriptions concernant le repérage et la vérification, étaient justifiées au regard de l'article XX g).⁸⁹⁶ Il convenait avec les parties que les dauphins étaient une "ressource naturelle épuisable"⁸⁹⁷ et considérait que les mesures conçues pour réduire le dommage causé aux dauphins dans le cadre des pratiques de pêche commerciales "concern[aient]" la protection des dauphins et "se rapport[aient]" à la conservation des dauphins.⁸⁹⁸ Le Groupe spécial a considéré que "l'objet principal de la mesure modifiée concernant le thon rest[ait] la douleur causée aux dauphins dans le contexte des pratiques de pêche commerciales tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'ETP, et la douleur causée tant par l'encerclement des dauphins que par les autres méthodes de pêche au thon".⁸⁹⁹ Il a donc constaté que les prescriptions concernant l'admissibilité, la certification ainsi que le repérage et la vérification "se rapport[aient]" à l'objectif de conservation des dauphins puisqu'elles permettaient de faire en sorte que le marché du thon des États-Unis ne fonctionnait pas d'une manière qui encourageait des techniques de pêche qui n'étaient pas *Dolphin Safe*.⁹⁰⁰ Le Groupe spécial a donc conclu que "les caractéristiques de la mesure modifiée concernant le thon qui donn[aient] lieu à des violations des articles I^{er} et III du GATT de 1994 [étaient] néanmoins provisoirement justifiées au regard de l'alinéa g) de l'article XX du GATT de 1994".⁹⁰¹

⁸⁹¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 357 et 359 (faisant référence aux paragraphes 136 à 144 et 288 à 295).

⁸⁹² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 357 et 359 (faisant référence aux paragraphes 145 à 155 et 314 à 319).

⁸⁹³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 357 et 359 (faisant référence aux paragraphes 167 à 184 et 327 à 330).

⁸⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.541. Le Groupe spécial a appliqué le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne le moyen de défense des États-Unis au titre de l'alinéa b) de l'article XX. (*Ibid.*, paragraphe 7.545)

⁸⁹⁵ Dans leur déclaration d'appel, les États-Unis ont aussi présenté une demande conditionnelle visant à ce que l'analyse juridique au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 soit complétée. Puisque cette demande dépendait de si le Mexique faisait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure modifiée concernant le thon était provisoirement justifiée au regard de l'article XX g) du GATT de 1994 – ce que le Mexique n'avait pas fait – nous n'avons pas besoin d'examiner la demande des États-Unis.

⁸⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.510.

⁸⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.521.

⁸⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.529.

⁸⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.533.

⁹⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.535.

⁹⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.541. Le Groupe spécial a appliqué le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne le moyen de défense des États-Unis au titre de l'alinéa b) de l'article XX. (*Ibid.*, paragraphe 7.545)

7.286. Passant au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, le Groupe spécial a considéré que, dans les cas où l'impartialité au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC était analysée à travers le prisme du cadre analytique de la discrimination arbitraire ou injustifiable, ou en utilisant ce cadre analytique, il pourrait être approprié de s'appuyer sur ce raisonnement dans le contexte de l'évaluation de la compatibilité d'une mesure avec le texte introductif de l'article XX.⁹⁰² Le Groupe spécial a reconnu que, dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel avait reproché au Groupe spécial d'avoir automatiquement transposé l'analyse qu'il avait effectuée au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans son analyse au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.⁹⁰³ Le Groupe spécial en l'espèce n'a pas considéré que cela empêchait de s'appuyer sur des constatations au titre de l'article 2.1 dans le contexte du texte introductif de l'article XX, mais a estimé, au lieu de cela, qu'un groupe spécial devait seulement justifier pourquoi il s'appuyait sur ces constatations. Le Groupe spécial a noté que les constatations qu'il avait formulées dans le contexte de l'article 2.1 reposaient sur sa conclusion selon laquelle des caractéristiques particulières de la mesure modifiée concernant le thon étaient arbitrairement discriminatoires parce qu'elles n'étaient pas conciliables avec les objectifs de la mesure.⁹⁰⁴ Par conséquent, le Groupe spécial a considéré qu'il était "approprié" de s'appuyer sur le raisonnement qu'il avait élaboré dans le contexte de l'article 2.1 au cours de notre analyse au regard du texte introductif de l'article XX.⁹⁰⁵

7.287. Le Groupe spécial a analysé séparément les prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon telles qu'elles se rapportent à l'admissibilité, à la certification ainsi qu'au repérage et à la vérification. S'agissant des critères d'admissibilité, il a noté que la principale distinction réglementaire établie par la mesure modifiée concernant le thon ne concernait pas des pays différents, mais plutôt des méthodes de pêches différentes, et que c'était la méthode de pêche de l'encerclement des dauphins qui était réglementée différemment et plus strictement que les autres méthodes de pêche. Le Groupe spécial a noté, en outre, que les produits du thon contenant du thon capturé dans des cas où un dauphin a été tué ou gravement blessé n'étaient pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*, quelle que soit la méthode de pêche utilisée et quel que soit le lieu ou le mode de capture. Il partageait l'avis des États-Unis selon lequel la condition dont l'examen serait le plus approprié concernait les différents dommages causés aux dauphins par l'encerclement par opposition à ceux qui étaient causés par d'autres méthodes de pêche.⁹⁰⁶ Le Groupe spécial a rappelé que l'encerclement des dauphins causait aux dauphins des dommages non observables au-delà de la mortalité et des blessures graves. Ces dommages "découl[ent] de la chasse elle-même" et étayaient la conclusion formulée par l'Organe d'appel dans la procédure initiale selon laquelle l'encerclement des dauphins est "particulièrement dommageable" pour ces derniers.⁹⁰⁷ Le Groupe spécial a aussi noté la constatation du Groupe spécial initial selon laquelle les effets observés et non observés de l'encerclement des dauphins étaient "pleinement pris en compte" par la mesure initiale précisément parce que celle-ci "empêch[ait] tous les produits du thon contenant du thon pêché au moyen de cette méthode d'avoir accès au label *Dolphin Safe*"⁹⁰⁸, et selon laquelle "dans la mesure où elle ne ferait pas obstacle à ces effets non observés de l'encerclement des dauphins et à leurs conséquences possibles sur les populations de dauphins ... l'utilisation des prescriptions de l'AIDCP en matière d'étiquetage ... serait susceptible d'assurer une moindre protection que les dispositions existantes des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*".⁹⁰⁹

7.288. Appliquant ces constatations en l'espèce, le Groupe spécial n'était pas convaincu que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins causaient des dommages non observés identiques ou semblables. De fait, le Groupe spécial souscrivait au point de vue des

⁹⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.557.

⁹⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.558 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310).

⁹⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.559.

⁹⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.560.

⁹⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.577.

⁹⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.579 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 246 et 289).

⁹⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.580 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 287).

⁹⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.580 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.613). Nous rappelons que les produits du thon peuvent porter le label *Dolphin Safe* de l'AIDCP chaque fois qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors de la pêche du thon contenu dans ces produits, même si le thon est capturé par encerclement des dauphins.

États-Unis selon lequel, même s'il y avait des zones de pêche au thon où étaient utilisés des types d'engins qui produisaient le même nombre de morts et de blessures graves chez les dauphins que celui qui était autorisé ou causé dans l'ETP, "il n'[était] simplement pas établi que ces pêcheries engendr[ai]ent le même niveau de dommages non observés, tels que la séparation des mères et des petits, les blessures musculaires, et les défaillances des systèmes immunitaire et reproducteur, que celui qui décou[ait] de la chasse elle-même".⁹¹⁰ Le Groupe spécial a aussi fait observer que l'Organe d'appel n'avait pas dit dans la procédure initiale que les États-Unis devaient exclure toutes les autres méthodes de pêche de l'accès au label *Dolphin Safe*, ni que l'encerclement des dauphins et les autres méthodes de pêche devaient être réglementés de la même manière. Au contraire, l'Organe d'appel a admis que les États-Unis étaient autorisés à "adapter" les prescriptions imposées par la mesure modifiée concernant le thon en fonction de "la probabilité que des dauphins subiraient des effets nuisibles au cours des opérations de pêche au thon dans les conditions correspondantes" des différentes pêcheries.⁹¹¹

7.289. Le Groupe spécial a noté que les parties s'accordaient à dire que l'un des facteurs les plus importants pour déterminer si la discrimination était arbitraire ou injustifiable était la question de savoir si la discrimination pouvait être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure a été provisoirement justifiée au titre de l'un des alinéas de l'article XX, ou si elle était rationnellement liée à cet objectif.⁹¹² Le Groupe spécial a considéré que les critères d'admissibilité étaient rationnellement liés à l'objectif de protection des dauphins de la mesure modifiée concernant le thon. Selon lui, le fait que les autres méthodes de pêche ne causent pas le type de dommages non observables qui sont causés par l'encerclement des dauphins signifie que, à tout le moins en ce qui concerne les critères d'admissibilité, les conditions qui existent dans les pêcheries où le thon est capturé par encerclement des dauphins et dans celles où cette méthode n'est pas utilisée ne sont pas les mêmes. Ayant considéré que toute discrimination que les critères d'admissibilité causent est directement liée à l'objectif principal de la mesure modifiée concernant le thon, le Groupe spécial a constaté que cet aspect de la mesure n'était pas incompatible avec les prescriptions du texte introductif de l'article XX.⁹¹³

7.290. S'agissant des prescriptions concernant la certification, le Groupe spécial a rappelé sa constatation selon laquelle, bien que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins soient une cause de mortalité et de blessures graves pour les dauphins, la nature et le degré de l'interaction entre les navires de pêche au thon et les dauphins étaient différents du point de vue quantitatif et qualitatif.⁹¹⁴ Par conséquent, il n'est peut-être pas nécessaire qu'il y ait à bord un observateur ayant uniquement pour tâche de surveiller la sécurité des dauphins lors de l'opération ou autre déploiement d'engins. Le Groupe spécial a considéré que cela était suffisant pour démontrer que maintenir des prescriptions différentes concernant la certification n'équivalait pas nécessairement à une discrimination injustifiable ou arbitraire, bien que cela ne soit pas non plus nécessairement déterminant pour la question de savoir si le système en place dans les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP – qui prescrit la certification par les capitaines uniquement – était équilibré et justifié au sens du texte introductif de l'article XX.⁹¹⁵

7.291. Le Groupe spécial partageait l'avis du Mexique selon lequel les certificats des capitaines pouvaient être peu fiables parce que ces derniers n'avaient peut-être pas l'expertise technique nécessaire pour certifier avec exactitude qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé dans une opération ou un déploiement d'engins particulier.⁹¹⁶ En particulier, il a considéré que les tâches généralement attendues d'un capitaine pouvaient être assez différentes de celles que supposait la certification du fait qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors d'opérations ou d'autres déploiements d'engins, et que les capitaines ou autres membres

⁹¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.581 (citant la première communication des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 113 (italique dans l'original)).

⁹¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.582 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 286).

⁹¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.583.

⁹¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.584. Le Groupe spécial s'est appuyé sur le même raisonnement pour conclure que les critères d'admissibilité étaient appliqués d'une façon qui ne constituait pas une restriction déguisée au commerce. (*Ibid.*, paragraphe 7.585)

⁹¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.592.

⁹¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.593.

⁹¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.598.

d'équipage ne disposaient pas toujours et nécessairement de ces compétences très spécialisées.⁹¹⁷ De l'avis du Groupe spécial, les États-Unis n'avaient pas suffisamment expliqué comment les capitaines pouvaient accomplir les tâches inhérentes à la certification relative au label *Dolphin Safe* puisqu'ils n'avaient manifestement pas l'expertise spécifique requise pour le faire de manière détaillée.⁹¹⁸ Le Groupe spécial a rappelé en outre ses préoccupations au sujet des dispositions relatives aux déterminations dues au fait que ces déterminations étaient possibles seulement en ce qui concerne certaines pêcheries, et que les États-Unis n'avaient pas expliqué d'une manière adéquate comment cette limitation était rationnellement liée aux objectifs recherchés par la mesure modifiée concernant le thon.⁹¹⁹

7.292. Sur la base de cette analyse, le Groupe spécial a considéré que les constatations qu'il avait formulées dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC s'appliquaient avec la même force dans le contexte du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Il a considéré que, dans la mesure où les prescriptions différentes concernant la certification n'étaient pas justifiées par l'objectif consistant à conserver les dauphins en donnant aux consommateurs des renseignements exacts sur le statut *Dolphin Safe* des produits du thon, cet aspect de la mesure modifiée concernant le thon était discriminatoire d'une manière injustifiable et arbitraire. Il a aussi dit que, contrairement à ce qui se passait dans le contexte des critères d'admissibilité, aux fins de cet élément de la mesure, les conditions qui existaient chez les Membres étaient les mêmes parce que les dauphins pouvaient être tués ou gravement blessés par toutes les méthodes de pêche dans tous les océans et que, en conséquence, une certification exacte était nécessaire indépendamment de la pêche particulière dans laquelle le thon était capturé. Le Groupe spécial a donc constaté que les prescriptions différentes concernant la certification n'étaient pas appliquées d'une manière compatible avec les prescriptions du texte introductif de l'article XX.⁹²⁰ L'un des membres du Groupe spécial a exprimé une opinion séparée semblable à celle qui avait été exprimée dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁹²¹

7.293. S'agissant des prescriptions concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial a rappelé sa conclusion selon laquelle ces prescriptions imposaient une charge moins lourde pour les produits du thon contenant du thon capturé ailleurs que dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁹²² Il a jugé fondés les arguments du Mexique selon lesquels les prescriptions moins lourdes concernant le repérage et la vérification imposées à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP pouvaient augmenter la probabilité que les produits du thon contenant du thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes soient étiquetés *Dolphin Safe* de façon incorrecte, bien qu'il n'ait pas jugé nécessaire de formuler une constatation définitive sur ce point. Le Groupe spécial pensait comme le Mexique que la charge moindre qui était imposée pour les produits du thon contenant du thon capturé ailleurs que dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP n'était pas rationnellement liée à l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon qui consistait à conserver les dauphins en donnant aux consommateurs des renseignements sur le statut *Dolphin Safe* des produits du thon. En outre, il a considéré que, dans la mesure où les prescriptions différentes pouvaient faciliter un étiquetage incorrect des produits du thon contenant du thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, cela serait également incompatible avec l'objectif de la mesure consistant à donner aux consommateurs des renseignements exacts. De l'avis du Groupe spécial, les États-Unis n'avaient fourni aucune explication quant à la façon dont ce traitement différencié était lié aux objectifs recherchés par la mesure modifiée concernant le thon, et a *fortiori* justifié par ces objectifs. Par conséquent, le Groupe spécial a conclu que les prescriptions

⁹¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.601.

⁹¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.603.

⁹¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.604.

⁹²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.605.

⁹²¹ Le membre du Groupe spécial ayant rédigé une opinion séparée a considéré, contrairement à l'avis de la majorité du Groupe spécial, que les États-Unis avaient démontré que les prescriptions différentes concernant qui devait établir une certification *Dolphin Safe* étaient rationnellement liées ou adaptées aux risques différents pour les dauphins qui existaient dans les différentes zones océaniques et découlaient des différentes méthodes de pêche. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.606) Ce membre du Groupe spécial était toutefois d'accord avec la majorité pour constater que les États-Unis n'avaient pas expliqué ni justifié la discrimination causée par les dispositions relatives aux déterminations, et aurait constaté, pour cette seule raison, que les États-Unis n'avaient pas établi que les prescriptions concernant la certification étaient appliquées d'une manière compatible avec le texte introductif de l'article XX. (*Ibid.*, paragraphe 7.607)

⁹²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.610.

différentes concernant le repérage et la vérification étaient appliquées de façon à constituer une discrimination injustifiable et arbitraire, en contravention au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.⁹²³

7.3.2.2 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994

7.294. Les participants formulent des allégations contestant différentes parties de l'analyse et des constatations du Groupe spécial au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Le Mexique conteste les constatations du Groupe spécial concernant les critères d'admissibilité et nous demande de modifier le raisonnement du Groupe spécial et de constater que les critères d'admissibilité démontrent aussi que la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble est appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable.⁹²⁴ Pour leur part, les États-Unis contestent les constatations du Groupe spécial relatives aux prescriptions concernant la certification ainsi qu'aux prescriptions concernant le repérage et la vérification et nous demandent d'infirmer les constatations du Groupe spécial et de compléter l'analyse juridique à cet égard.⁹²⁵

7.295. Les deux participants affirment que le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse du point de savoir si une discrimination se produisait "entre les pays où les mêmes conditions exist[aient]". Le Groupe spécial a constaté qu'en ce qui concerne les critères d'admissibilité, les conditions qui existaient entre les pays *n'étaient pas* les mêmes.⁹²⁶ Le Mexique fait appel de cette constatation. Cependant, en ce qui concerne les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial a constaté que les conditions qui existaient entre les pays *étaient* les mêmes.⁹²⁷ Les États-Unis font appel de ces constatations du Groupe spécial.

7.296. De plus, les deux participants formulent des allégations d'erreur concernant l'analyse du Groupe spécial quant à la question de savoir si la discrimination est "arbitraire ou injustifiable". Le Groupe spécial a constaté que les critères d'admissibilité *étaient* directement liés aux objectifs de la mesure et, par conséquent, étaient appliqués d'une manière qui satisfaisait aux prescriptions du texte introductif.⁹²⁸ Le Mexique fait appel de cette constatation. À l'inverse, le Groupe spécial a constaté que les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification *n'étaient pas* directement liées aux objectifs de la mesure et, par conséquent, étaient appliquées d'une manière qui ne satisfaisait pas aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.⁹²⁹ Les États-Unis font appel de ces constatations.

7.3.2.2.1 Discrimination entre les pays où les mêmes conditions existent

7.297. S'agissant de l'analyse par le Groupe spécial des critères d'admissibilité, le Mexique allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que "les conditions qui exist[aient] dans les pêcheries où le thon [était] capturé par encerclement des dauphins et dans celles où cette méthode n'[était] pas utilisée [n'étaient] pas les mêmes".⁹³⁰ Le Mexique considère que cette constatation est erronée parce qu'à son avis, les conditions pertinentes ne sont pas les différences dans les dommages non observables, mais plutôt dans la mortalité et les blessures graves chez les dauphins (à la fois observées et non observées) causées par les opérations de pêche au thon commerciale. En conséquence, puisqu'il y a des morts et des blessures dans des zones de pêche au thon autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, les conditions pertinentes sont les mêmes, et le Groupe spécial a fait erreur en limitant les conditions pertinentes à l'incidence des effets non observables uniquement.⁹³¹

7.298. Les États-Unis répondent que "les "conditions" pertinentes concernent *tous* les effets nuisibles subis par les dauphins, y compris ... non seulement la mortalité et les blessures graves,

⁹²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.611.

⁹²⁴ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 167 d).

⁹²⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 463.

⁹²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.584.

⁹²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.605.

⁹²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.584 et 8.5 a).

⁹²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.605, 7.611, 8.5 b) et 8.5 c).

⁹³⁰ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 156 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.584). (italique ajouté par le Mexique)

⁹³¹ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 158.

mais aussi les dommages non observables qui leur sont causés lorsqu'on les chasse".⁹³² Puisque, selon eux, le dommage causé aux dauphins se produisant dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est différent du dommage causé dans d'autres pêcheries, les États-Unis font valoir que les conditions ne sont pas les mêmes entre les pêcheries. Ainsi, ils font valoir que, puisque les conditions pertinentes ne sont pas les mêmes, il n'existe aucune discrimination aux fins du texte introductif et les critères d'admissibilité sont donc justifiés au titre de l'article XX.⁹³³

7.299. S'agissant de l'analyse par le Groupe spécial des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial n'a pas effectué d'examen indépendant de la question de savoir si les prescriptions établissaient une discrimination entre les pays où les mêmes conditions existaient. Dans le contexte des prescriptions concernant la certification, la seule condition mentionnée par le Groupe spécial était le fait que "les dauphins [pouvaient] être tués ou gravement blessés par toutes les méthodes de pêche dans tous les océans", et sa conclusion selon laquelle "une certification exacte [était] nécessaire indépendamment de la pêcherie particulière" où le thon a été capturé.⁹³⁴ Les États-Unis affirment que la condition pertinente en l'espèce est *le dommage relatif* (à la fois observé et non observé) causé aux dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries, et que les constatations formulées dans la procédure initiale confirment que cette condition n'est pas la même dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et dans toutes les autres pêcheries.⁹³⁵ Notant l'accent mis par le Groupe spécial sur la question de savoir si les différences de formation et d'apprentissage des observateurs et des capitaines entraînent des différences dans l'exactitude des certifications, les États-Unis font observer que le Groupe spécial n'a formulé aucune "constatation définitive" quant à l'exactitude des certifications, et que, en tout état de cause, les éléments de preuve versés au dossier du Groupe spécial n'étaient pas cette constatation.⁹³⁶ Les États-Unis considèrent donc que l'analyse du Groupe spécial "n'est pas étayée, d'un point de vue juridique, par les éléments de preuve versés au dossier".⁹³⁷ Dans le contexte des prescriptions concernant le repérage et la vérification, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial n'a même pas examiné la question de savoir si ces prescriptions établissaient une discrimination entre les pays où les mêmes conditions existaient.⁹³⁸

7.300. En réponse à cela, le Mexique fait valoir que le Groupe spécial a constaté à juste titre que les mêmes conditions existaient pour le Mexique, les États-Unis et d'autres pays parce que les dauphins pouvaient être tués ou gravement blessés par toutes les méthodes de pêche dans tous les océans. Une certification ainsi qu'un repérage et une vérification exacts sont donc nécessaires indépendamment de la pêcherie particulière dans laquelle le thon est capturé.⁹³⁹ Le Mexique ne souscrit pas à l'affirmation des États-Unis selon laquelle les conditions pertinentes sont les dommages relatifs causés aux dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries, et selon laquelle ces conditions ne sont pas les mêmes dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et dans toutes les autres pêcheries. Le Mexique rappelle ce qu'il a dit dans sa communication en tant qu'autre appelant, à savoir que les conditions pertinentes étaient la mortalité et les blessures graves chez les dauphins (à la fois observées et non observées) causées par les opérations de pêche au thon commerciale.⁹⁴⁰ Le Groupe spécial a donc eu "raison de constater, soit explicitement soit implicitement, que la mesure modifiée concernant le thon établissait une discrimination entre les pays où les mêmes conditions existaient".⁹⁴¹

7.301. L'Organe d'appel a identifié trois éléments analytiques en ce qui concerne la discrimination arbitraire ou injustifiable dans le texte introductif de l'article XX: i) l'application de la mesure entraîne une discrimination; ii) la discrimination se produit entre les pays où les mêmes conditions

⁹³² Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 178. (italique dans l'original)

⁹³³ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 180.

⁹³⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 391 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.605).

⁹³⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 393 et 394.

⁹³⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 395 à 399.

⁹³⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 400.

⁹³⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 401.

⁹³⁹ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 202.

⁹⁴⁰ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 202 (faisant référence à la communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphes 155 à 158).

⁹⁴¹ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 203.

existent; et iii) la discrimination est arbitraire ou injustifiable.⁹⁴² Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a considéré que la deuxième de ces étapes "nécessit[ait] d'évaluer si les "conditions" existant dans les pays entre lesquels la mesure établ[issait], d'après les allégations, une discrimination [étaient] "les mêmes".⁹⁴³ Cela laisse entendre qu'une évaluation de la question de savoir s'il y a une discrimination entre les pays où les conditions qui existent sont "les mêmes" est une base pour l'examen par un groupe spécial du point de savoir si cette discrimination est "arbitraire ou injustifiable" et éclaire nécessairement cet examen.⁹⁴⁴ L'Organe d'appel a ajouté que, pour évaluer quelles "conditions" étaient *pertinentes* aux fins d'établir l'existence d'une discrimination arbitraire ou injustifiable, il était possible de trouver un contexte pertinent dans l'alinéa particulier de l'article XX au regard duquel la mesure a été provisoirement justifiée, ainsi que dans les dispositions du GATT de 1994 avec lesquelles une mesure a été jugée incompatible.⁹⁴⁵

7.302. Nous ne pensons pas que les participants sont fondamentalement en désaccord quant au caractère général des "conditions" qui sont pertinentes aux fins de l'analyse au titre de l'article XX. Le Mexique et les États-Unis semblent tous deux convenir que les conditions pertinentes sont, d'une manière générale, les dommages subis par les dauphins du fait des opérations de pêche au thon commerciale. En fait, il apparaît que leur désaccord porte sur la question de savoir à quel *degré* de spécificité ces dommages devraient être identifiés, et *si, dans les faits*, les dommages découlant de l'encerclement des dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, d'une part, et d'autres méthodes de pêche utilisées dans d'autres pêcheries, d'autre part, étaient semblables ou différents. Le Mexique fait valoir que les conditions pertinentes existant entre les pays sont *les mêmes* parce que les dommages causés aux dauphins pour ce qui est de la mortalité et des blessures graves se produisent quelle que soit la zone de pêche ou la méthode utilisée. En revanche, les États-Unis font valoir que les conditions pertinentes existant entre les pays ne sont *pas les mêmes* parce que les dommages causés aux dauphins, en particulier, les dommages non observables, sont plus importants dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. À cet égard, le désaccord entre les participants équivaut à répéter une fois encore leurs positions opposées quant à la question de savoir si les dommages ou les risques associés à l'encerclement des dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP sont plus importants que ceux qui sont associés à d'autres méthodes de pêche pratiquées dans l'ETP et ailleurs.

7.303. Cependant, dans leurs arguments, les participants accordent peu d'attention aux facteurs sous-jacents qui éclairent la question de savoir quelles conditions sont pertinentes aux fins de l'analyse du Groupe spécial. Le Mexique et les États-Unis font tous deux référence aux indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* selon lesquelles l'identification des "conditions pertinentes" au regard du texte introductif peut être interprétée par référence à l'alinéa applicable de l'article XX au regard duquel la mesure a été provisoirement justifiée et aux obligations de fond énoncées dans le GATT de 1994 pour lesquelles une violation a été constatée.⁹⁴⁶ Cependant, aucun participant ne fournit guère d'analyse de la façon dont ces facteurs vont dans le sens de l'avis de l'un plutôt que de celui de l'autre participant concernant les conditions qui sont pertinentes en l'espèce.

7.304. Passant à l'analyse du Groupe spécial, nous notons d'abord qu'il apparaît en effet qu'il a constaté qu'aux fins de son examen *des critères d'admissibilité*, la condition pertinente était *les dommages causés aux dauphins par les effets non observables des méthodes de pêche*. Comme le Groupe spécial l'a expliqué, "le fait que les autres méthodes de pêche ne caus[aient] pas le type

⁹⁴² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 150.

⁹⁴³ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.299.

⁹⁴⁴ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.317.

⁹⁴⁵ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.300 et 5.301 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 26; et *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 150). L'Organe d'appel a constaté sans que cela soit contesté que "les mêmes conditions en matière de bien-être animal exist[aient] dans tous les pays où les phoques [étaient] chassés", et que l'Union européenne n'avait pas par ailleurs réussi à démontrer que les conditions existant au Canada et en Norvège, d'une part, et au Groenland, d'autre part, "étaient, de façon pertinente, différentes". L'Organe d'appel est donc parti du principe que les conditions existant dans ces pays étaient "les mêmes" aux fins du texte introductif de l'article XX. (*Ibid.*, paragraphe 5.317)

⁹⁴⁶ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 155; communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 385 (faisant toutes les deux référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.300).

de dommages non observables qui [étaient] causés par l'encerclement des dauphins signifi[ait] que, à tout le moins en ce qui concerne les critères d'admissibilité, les conditions qui exist[aient] dans les pêcheries où le thon [était] capturé par encerclement des dauphins et dans celles où cette méthode n'[était] pas utilisée n'[étaient] pas les mêmes".⁹⁴⁷ En revanche, dans son examen des prescriptions concernant la certification, il apparaît que le Groupe spécial a considéré que la condition pertinente était *les dommages causés aux dauphins du fait de leur mort ou de blessures graves*. En l'espèce, le Groupe spécial a indiqué que, "contrairement à ce qui se pass[ait] dans le contexte des critères d'admissibilité, aux fins de cet élément de la mesure, les conditions qui exist[aient] chez les Membres [étaient] les mêmes parce que les dauphins [pouvaient] être tués ou gravement blessés par toutes les méthodes de pêche dans tous les océans et que, en conséquence, une certification exacte [était] nécessaire indépendamment de la pêche particulière dans laquelle le thon [était] capturé".⁹⁴⁸ Le Groupe spécial n'a fait aucune déclaration concernant les conditions existant entre les pays dans le contexte de son analyse des prescriptions concernant le repérage et la vérification.

7.305. Nous sommes préoccupés par l'avis du Groupe spécial selon lequel les conditions pertinentes pour certains aspects de la mesure (les critères d'admissibilité) diffèrent quelque peu des conditions pertinentes pour d'autres aspects de la mesure (les prescriptions concernant la certification), et par sa conclusion finale selon laquelle les conditions ne sont *pas les mêmes* s'agissant des premiers, mais sont *les mêmes* s'agissant des derniers. L'article XX exige que la mesure ne soit pas appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent. Nous ne comprenons donc pas comment le Groupe spécial a considéré que des ensembles différents de conditions sont pertinents pour des aspects différents de la mesure en cause. Il se peut que le Groupe spécial ait adopté cette approche parce que, comme nous l'avons noté dans des sections précédentes de notre rapport, il semble avoir comparé des ensembles différents de produits du thon en fonction des prescriptions particulières de la mesure qu'il examinait. En effet, s'agissant des critères d'admissibilité, le Groupe spécial a comparé le traitement accordé aux produits du thon qui étaient admis ou non au bénéfice du label *Dolphin Safe* selon qu'ils étaient ou non obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins, alors que, lorsqu'il a examiné les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, le Groupe spécial a comparé le traitement accordé aux produits du thon qui satisfaisaient à des ensembles différents de prescriptions dans des pêcheries différentes, mais qui étaient tous admis au bénéfice du label *Dolphin Safe*. Nous réitérons la préoccupation que nous avons exprimée précédemment selon laquelle l'analyse segmentée de la mesure effectuée par le Groupe spécial l'a conduit à isoler son examen des différents éléments de la mesure sans examiner la façon dont ces éléments étaient corrélés, et sans concilier les différentes conclusions qu'il a tirées au sujet de ces éléments. En particulier, nous ne voyons pas sur quelle base les conditions pertinentes pour les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification seraient différentes de celles qui sont pertinentes pour les critères d'admissibilité étant donné que, comme nous l'avons indiqué, l'accès au label *Dolphin Safe* est subordonné au respect de toutes les conditions, y compris les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, qui sont prévues par la mesure modifiée concernant le thon.

7.306. En outre, le Groupe spécial n'a pas expliqué pourquoi il avait choisi ces conditions. Nous rappelons que l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* a donné des indications sur cette question, notant que l'identification des "conditions pertinentes" au regard du texte introductif pouvait s'appuyer, en tant que contexte pertinent, sur l'alinéa applicable de l'article XX au regard duquel la mesure a été provisoirement justifiée et sur les obligations de fond énoncées dans le GATT de 1994 pour lesquelles une violation a été constatée.⁹⁴⁹ En l'espèce, le Groupe spécial n'a pas fait référence à l'alinéa g) pour identifier les "conditions" pertinentes aux fins du texte introductif de l'article XX. En fait, dans le contexte de son examen des critères d'admissibilité, le Groupe spécial n'a pas identifié les conditions pertinentes par référence à ces éléments, mais plutôt par référence aux risques associés aux "pêcheries où le thon [était] capturé par encerclement des dauphins et [à] celles où cette méthode n'[était] pas utilisée".⁹⁵⁰ Dans le contexte des prescriptions concernant la certification, le Groupe spécial a indiqué que, contrairement à ce qui se passait dans le contexte des critères d'admissibilité, les conditions

⁹⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.584.

⁹⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.605.

⁹⁴⁹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.300.

⁹⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.584.

existant chez les Membres en ce qui concerne les prescriptions concernant la certification étaient les mêmes puisque "les dauphins [pouvaient] être tués ou gravement blessés par toutes les méthodes de pêche dans tous les océans".⁹⁵¹

7.307. Nous notons que, dans le contexte de son analyse au titre de l'article XX g), le Groupe spécial s'est référé au fait que les parties convenaient que les dauphins étaient une "ressource naturelle épuisable"⁹⁵²; que l'un des objectifs du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis était de contribuer à la protection des dauphins; et que la conservation des dauphins était donc un objectif de politique générale relevant de l'article XX g).⁹⁵³ Il a ajouté qu'une mesure qui était conçue pour réduire le dommage causé aux dauphins dans le cadre des pratiques de pêche commerciales concernait la protection des dauphins.⁹⁵⁴ Nous rappelons aussi la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "l'objet principal de la mesure modifiée concernant le thon reste la douleur causée aux dauphins dans le contexte des pratiques de pêche commerciales tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'ETP, et la douleur causée tant par l'encerclement des dauphins que par les autres méthodes de pêche au thon".⁹⁵⁵ De plus, le Groupe spécial initial a reconnu que les effets nuisibles sur les dauphins visés par les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient liés à la mortalité et aux blessures graves observées et non observées de dauphins au cours d'opérations de pêche au thon.⁹⁵⁶ Dans le contexte des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial a examiné les différences entre le traitement accordé aux producteurs mexicains de produits du thon, d'une part, et celui qui était accordé aux producteurs de produits du thon des États-Unis et d'autres pays, d'autre part. Toutefois, indépendamment du type et de la nature des prescriptions applicables prévues dans la mesure modifiée concernant le thon, toutes ces prescriptions visent à remédier au risque de dommage présenté pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones des océans.

7.308. Ces facteurs nous indiquent que les conditions qui existent entre les pays sont les risques d'effets nuisibles présentés pour les dauphins par les pratiques de pêche au thon. En outre, puisqu'il avait indiqué dans d'autres parties de son analyse que les conditions pertinentes aux fins de la mesure modifiée concernant le thon étaient les dommages causés aux dauphins par les pratiques de pêche au thon, on ne voit pas clairement pourquoi le Groupe spécial a ensuite indiqué des conditions plus spécifiques relatives au *type* ou au *niveau* de dommage comme étant pertinentes pour différents aspects de la mesure, et a ensuite constaté que pour l'un de ces aspects seulement (à savoir les critères d'admissibilité), les conditions étaient différentes, alors que pour un autre aspect (à savoir les prescriptions concernant la certification), les conditions étaient les mêmes. Nous ne pensons pas que cette analyse est compatible avec la prescription du texte introductif imposant que la *mesure* ne soit pas appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, ou traite de manière appropriée les éléments intégrés du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis. Dans les circonstances de la présente affaire, nous partons du principe que les conditions qui existent entre les pays sont les mêmes aux fins du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

7.3.2.2.2 Discrimination arbitraire ou injustifiable

7.309. Nous allons maintenant examiner les allégations des participants selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse visant à déterminer si la discrimination était "arbitraire ou injustifiable".

7.310. En ce qui concerne l'analyse des critères d'admissibilité par le Groupe spécial, le Mexique allègue que celui-ci aurait dû se centrer sur l'objectif de politique générale visé à l'article XX g) du GATT de 1994, plutôt que sur les objectifs de la mesure.⁹⁵⁷ Si le Groupe spécial avait procédé ainsi, fait valoir le Mexique, il se serait alors dûment centré sur "la réduction du nombre de dauphins morts ou gravement blessés dans toutes les circonstances" plutôt que sur le type, la

⁹⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.605.

⁹⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.521.

⁹⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.525.

⁹⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.529.

⁹⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.533.

⁹⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.528 (faisant référence au rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.486).

⁹⁵⁷ Communication du Mexique en tant qu'autre appellant, paragraphe 161.

nature, la qualité, l'importance ou la régularité différents des effets nuisibles.⁹⁵⁸ Selon le Mexique, il n'y a aucune raison d'"adapter" en fonction des niveaux différents de mortalité ou de blessures graves des dauphins pour atteindre l'objectif de politique générale au titre de l'article XX g). Le Mexique indique qu'il a contesté l'octroi du label *Dolphin Safe* pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par les flottilles d'autres pays utilisant différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries. Il considère que les éléments de preuve dont le Groupe spécial était saisi et les constatations de celui-ci "établissent clairement que ces autres méthodes de pêche causent des morts et des blessures graves de dauphins observées et non observées".⁹⁵⁹

7.311. En réponse à l'allégation du Mexique, les États-Unis font valoir que la pratique de l'encerclement des dauphins comporte un danger inhérent qui n'est tout simplement pas présent dans d'autres méthodes de pêche, bien que ces autres méthodes puissent aussi tuer ou blesser gravement des dauphins. Ils notent que le Groupe spécial a reconnu qu'il était légitime de faire une distinction entre des méthodes de pêche de natures différentes, et considèrent que cette distinction peut clairement être conciliée avec l'objectif de politique générale consistant à protéger les dauphins, et qu'elle est rationnellement liée à cet objectif. Les États-Unis rejettent en outre l'argument du Mexique selon lequel l'article XX g) n'autorise pas les Membres à appliquer des mesures "adaptées" en fonction des différents risques. Ils font observer que, dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a constaté que le fait de ne pas prendre en considération les niveaux de risque différents ou les conditions différentes existant dans des pays différents signifiait qu'une mesure ne satisfaisait pas aux prescriptions du texte introductif.⁹⁶⁰

7.312. Dans leur appel relatif aux prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a mal compris l'analyse du point de savoir si la discrimination était arbitraire ou injustifiable. Selon eux, le Groupe spécial a considéré à tort qu'il s'agissait d'un "critère du facteur unique ... plutôt que d'une analyse cumulative de tous les facteurs qui pourraient être pertinents pour cette détermination".⁹⁶¹ Les États-Unis soutiennent qu'en procédant à une analyse juridique excessivement étroite, le Groupe spécial s'est entièrement appuyé, à tort, sur son analyse au titre de l'article 2.1, et a indûment fait abstraction d'autres facteurs pertinents. Ils avancent des arguments similaires en ce qui concerne les dispositions relatives aux déterminations⁹⁶² et les prescriptions concernant le repérage et la vérification.⁹⁶³ En outre, ils font valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans son examen des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification au titre du texte introductif car il n'a pas tenu compte des risques différents pour les dauphins à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁹⁶⁴

7.313. En réponse à l'allégation des États-Unis, le Mexique fait valoir que le Groupe spécial a eu raison de se centrer sur la question de savoir si la discrimination pouvait être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure avait été provisoirement justifiée au titre de l'un des alinéas de l'article XX, ou si elle était rationnellement liée à cet objectif.⁹⁶⁵ Il fait valoir que le Groupe spécial n'a pas fait abstraction d'autres facteurs pertinents, mais a donné aux États-Unis la possibilité d'expliquer pourquoi le traitement différencié n'était pas arbitraire ni injustifiable, ce qu'ils ont été incapables de faire. Le Mexique estime que le Groupe spécial a dûment expliqué les raisons pour lesquelles il avait conclu que, dans les circonstances du présent différend, il était approprié pour lui de s'appuyer sur le raisonnement qu'il avait élaboré dans le contexte de l'article 2.1 au cours de son analyse au regard du texte introductif de l'article XX.⁹⁶⁶

7.314. À notre avis, ces aspects des allégations des participants soulèvent deux questions liminaires en ce qui concerne le critère juridique prévu dans le texte introductif de l'article XX: i) le Groupe spécial a-t-il eu raison de centrer son analyse sur le point de savoir si la discrimination

⁹⁵⁸ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 161.

⁹⁵⁹ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 162.

⁹⁶⁰ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 186 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 165; et *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 140 à 143).

⁹⁶¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 416.

⁹⁶² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 432 et 434.

⁹⁶³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 451.

⁹⁶⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 421 et 455.

⁹⁶⁵ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 209 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.553).

⁹⁶⁶ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 211.

pouvait être conciliée avec l'objectif de politique générale de la mesure, ou si elle était rationnellement liée à cet objectif? et ii) le Groupe spécial a-t-il eu raison de s'appuyer sur ses constatations dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC pour parvenir à ses conclusions concernant l'article XX du GATT de 1994? Si le Groupe spécial a eu raison sur ces deux points, alors nous devons évaluer les allégations des participants selon lesquelles il a fait erreur dans l'application du critère juridique qu'il a énoncé.

7.315. Premièrement, en ce qui concerne le critère juridique prévu dans le texte introductif de l'article XX, nous notons que le Mexique et les États-Unis contestent des aspects différents de l'énonciation de ce critère par le Groupe spécial. Les États-Unis font valoir que celui-ci a fait erreur en limitant indûment son analyse au titre du texte introductif à un "critère du facteur unique" centré sur le point de savoir si la discrimination pouvait être conciliée avec l'objectif de politique générale de la mesure ou si elle était rationnellement liée à cet objectif. Pour sa part, le Mexique fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en se centrant sur l'objectif de politique générale de la mesure, plutôt que sur l'objectif de politique générale tel qu'indiqué dans l'alinéa applicable de l'article XX.

7.316. L'Organe d'appel a indiqué que l'analyse visant à déterminer si une discrimination était arbitraire ou injustifiable "devrait être axée sur la cause de la discrimination, ou la raison d'être avancée pour expliquer son existence".⁹⁶⁷ Il a expliqué que cette analyse "devrait être faite à la lumière de l'objectif de la mesure" et qu'une discrimination était arbitraire ou injustifiable lorsque les raisons données quant à cette discrimination "n'[avaient] pas de lien rationnel avec l'objectif" ou "iraient à l'encontre de cet objectif".⁹⁶⁸ Par conséquent, "[l]'un des facteurs les plus importants" pour l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable est la question de savoir si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure a été provisoirement justifiée au titre de l'un des alinéas de l'article XX, ou si elle est rationnellement liée à cet objectif.⁹⁶⁹ Ce facteur est "particulièrement pertinent pour l'évaluation du bien-fondé des explications fournies par le défendeur quant à la cause de la discrimination".⁹⁷⁰ Toutefois, l'Organe d'appel a expliqué qu'il ne s'agissait pas du seul critère et que, en fonction de la nature de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire considérée, il pouvait y avoir des facteurs additionnels qui seraient également pertinents pour cette évaluation globale.⁹⁷¹ Ainsi, la jurisprudence antérieure de l'Organe d'appel souligne qu'il est important d'examiner si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale de la mesure, ou si elle est rationnellement liée à cet objectif. De plus, cependant, en fonction de la nature de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire considérée, des facteurs additionnels pourraient également être pertinents pour l'analyse.

7.317. Dans le présent différend, nous ne considérons pas que l'énonciation du critère juridique par le Groupe spécial est excessivement étroite. Le Groupe spécial a lui-même noté que la question du lien rationnel avec l'objectif était "[l]'un des facteurs les plus importants", ce qui laisse penser qu'il n'estimait pas qu'une telle analyse excluait nécessairement l'examen d'autres facteurs. Il apparaît qu'en substance, l'appel des États-Unis à cet égard concerne le point de savoir si le Groupe spécial a dûment pris en considération les niveaux de risque différents dans son analyse au titre du texte introductif. Or nous n'estimons pas que l'énonciation du critère juridique par le Groupe spécial exclut un tel examen. En fait, il se peut qu'un groupe spécial fasse erreur en appliquant ce critère sans tenir compte de facteurs qui, en raison de la nature de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire, seraient pertinents pour l'analyse. Nous revenons plus bas sur l'allégation des États-Unis concernant le point de savoir si le Groupe spécial a dûment procédé à une analyse au titre du texte introductif pour tenir compte des profils de risque potentiellement différents dans les différentes pêcheries.

7.318. De même, nous ne convenons pas avec le Mexique que le Groupe spécial a fait erreur en énonçant le critère juridique comme étant centré sur la question de savoir s'il existait ou non un lien rationnel avec les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon, plutôt qu'avec l'objectif

⁹⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 226 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Essence*, *États-Unis – Crevettes* et *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*).

⁹⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 227.

⁹⁶⁹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306.

⁹⁷⁰ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 227).

⁹⁷¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.321.

visé à l'article XX g). Nous ne comprenons pas en quoi le fait de se centrer sur l'un des objectifs des alinéas de l'article XX, plutôt que sur l'objectif de la mesure, aboutit nécessairement au résultat recherché par le Mexique. Nous considérons qu'une telle distinction est quelque peu artificielle étant donné que, du fait de l'examen du point de savoir si une mesure est provisoirement justifiée au regard de l'un des alinéas, l'objectif de la mesure aura déjà été évalué au regard de l'un des objectifs énoncés à l'article XX, et jugé conforme à cet objectif. En effet, des constatations antérieures de l'Organe d'appel confirment que l'accent est mis sur l'objectif de la mesure telle qu'elle est examinée en relation avec l'alinéa applicable de l'article XX.⁹⁷² Nous ne comprenons donc pas en quoi, dans les circonstances du présent différend, alors le Groupe spécial a constaté que l'objectif de protection des dauphins se rapportait à la conservation de ressources naturelles épuisables, le fait de s'appuyer sur l'objectif de l'article XX g), plutôt que sur celui de la mesure, aboutirait à un résultat analytique différent.

7.319. Enfin, nous examinons l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en s'appuyant entièrement sur son analyse au titre de l'article 2.1, plutôt que de procéder à l'analyse indépendante requise au titre du texte introductif de l'article XX. Le Groupe spécial a examiné ce point dans son rapport. Bien qu'il ait reconnu que l'Organe d'appel avait reproché au Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque* d'avoir automatiquement transposé l'analyse qu'il avait effectuée au titre de l'article 2.1 dans son analyse au titre du texte introductif de l'article XX, il ne considérait pas que la constatation de l'Organe d'appel corroborait l'idée qu'un groupe spécial ne pouvait jamais s'appuyer sur ses constatations au titre de l'article 2.1 dans le contexte du texte introductif de l'article XX.⁹⁷³ En fait, si un groupe spécial cherche à s'appuyer sur des constatations au titre de l'article 2.1 dans le contexte du texte introductif, il doit justifier son utilisation de ces constatations. En particulier, selon le raisonnement du Groupe spécial, lorsqu'une analyse au titre de l'article 2.1 était entièrement fondée sur la question de savoir si la mesure était appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existaient, un groupe spécial pouvait appliquer les aspects pertinents de son raisonnement et de ses constatations de fait développés dans le contexte de l'article 2.1 dans son analyse au titre du texte introductif de l'article XX.⁹⁷⁴ Par conséquent, le Groupe spécial a estimé qu'il était "approprié ... de [s']appuyer sur le raisonnement" élaboré dans le contexte de l'article 2.1 au cours de son analyse au titre du texte introductif de l'article XX.⁹⁷⁵

7.320. Nous avons estimé précédemment qu'il était approprié pour le Groupe spécial, dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, de centrer son analyse sur le point de savoir s'il y avait discrimination arbitraire ou injustifiable en évaluant si la discrimination était rationnellement liée à l'objectif de politique générale de la mesure, ou pouvait être conciliée avec cet objectif. Bien que nous ayons fait état de préoccupations concernant l'application par le Groupe spécial du critère juridique au titre de l'article 2.1, nous n'avons pas constaté qu'il avait fait erreur en énonçant ce critère. En conséquence, nous ne pensons pas qu'il était inapproprié pour le Groupe spécial, en principe, d'avoir fait référence à ce même critère juridique et de s'être appuyé sur lui dans le contexte de son raisonnement au titre du texte introductif de l'article XX. Nous pensons comme le Groupe spécial qu'il ne s'agit pas d'un cas où un groupe spécial a simplement transposé sa constatation au titre de l'article 2.1, mais plutôt d'une situation dans laquelle un groupe spécial s'est appuyé sur un procédé analytique similaire au titre des deux dispositions en se concentrant sur l'existence d'une discrimination arbitraire ou injustifiable. Qui plus est, alors que le Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque* a consacré trois phrases à son analyse au titre de l'article XX par référence à ses constatations au titre de l'article 2.1⁹⁷⁶, le Groupe spécial chargé du présent différend a développé une analyse distincte au titre de l'article XX et a exposé un raisonnement bien plus développé sur cette question, en plus d'examiner d'autres dimensions de l'analyse au titre du texte introductif qui n'avaient pas été développées dans le contexte de son analyse au titre de l'article 2.1.⁹⁷⁷

⁹⁷² Voir le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 228, constatant qu'un aspect de la mesure "n'a pas de relation avec l'objectif légitime poursuivi par l'interdiction d'importer qui relève de l'article XX b), voire va à l'encontre de cet objectif". Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 165; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.317.

⁹⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.558.

⁹⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.558.

⁹⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.560.

⁹⁷⁶ Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.650.

⁹⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.546 à 7.611.

7.321. Comme nous l'avons indiqué plus haut en relation avec les arguments des États-Unis, l'allégation de ces derniers concerne en substance le point de savoir si le Groupe spécial a pris en considération les niveaux de risque différents pour les dauphins dans son analyse au titre du texte introductif. Nous ne reconsidérons pas que l'énonciation du critère juridique par le Groupe spécial, ni le fait qu'il s'est appuyé sur un raisonnement qu'il avait élaboré dans le contexte de l'article 2.1, exclut un tel examen au titre du texte introductif de l'article XX. Plus loin, nous examinons l'allégation des États-Unis concernant le point de savoir si le Groupe spécial a dûment procédé à une analyse au titre du texte introductif pour tenir compte des profils de risque potentiellement différents dans différentes pêcheries.

7.322. Pour les raisons susmentionnées, nous ne considérons pas que le Mexique ou les États-Unis ont établi le bien-fondé de leurs allégations respectives concernant l'interprétation ou l'énonciation par le Groupe spécial du critère juridique prévu dans le texte introductif de l'article XX, et nous ne pensons pas comme les États-Unis que le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse au titre du texte introductif en s'appuyant sur le raisonnement qu'il avait développé en examinant les allégations du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.323. Cela nous amène aux allégations des participants telles qu'elles se rapportent à l'application par le Groupe spécial du critère juridique prévu dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

7.324. En ce qui concerne l'analyse des critères d'admissibilité par le Groupe spécial, le Mexique soutient que celui-ci a fait erreur car, s'il avait dûment centré son analyse sur l'objectif consistant à réduire le nombre de dauphins morts ou gravement blessés dans toutes les circonstances, il n'y aurait aucune raison d'"adapter" en fonction des différents niveaux de mortalité et de blessures graves de dauphins.⁹⁷⁸ Pour leur part, les États-Unis font valoir que le contraire est vrai et que l'Organe d'appel a constaté que le fait de ne pas prendre en considération les niveaux de risque différents ou les différentes conditions existant dans des pays différents signifie que la mesure ne satisfait pas aux prescriptions du texte introductif.⁹⁷⁹

7.325. Dans son examen des critères d'admissibilité au titre du texte introductif de l'article XX, le Groupe spécial s'est de nouveau appuyé sur ce qu'il considérait comme la conclusion "régulée" de l'Organe d'appel selon laquelle les États-Unis avaient le droit d'exclure les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe*, et qu'ils n'avaient pas besoin d'exclure des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins. Le Groupe spécial a ainsi renvoyé à son analyse antérieure dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC qui établissait que, à son avis, l'Organe d'appel avait constaté que les critères d'admissibilité n'étaient pas incompatibles avec l'article 2.1.⁹⁸⁰ Le Groupe spécial a répété qu'il croyait comprendre que l'Organe d'appel avait conclu que l'encerclement des dauphins était particulièrement dommageable pour ces derniers en raison des dommages non observés découlant de la chasse elle-même.⁹⁸¹ Il a également rappelé qu'il pensait que l'Organe d'appel n'avait pas trouvé à redire à la mesure initiale concernant le thon du fait de l'exclusion de l'accès au label *Dolphin Safe* résultant de l'encerclement des dauphins, mais plutôt parce qu'elle ne prenait pas suffisamment en compte les dommages causés aux dauphins par les autres méthodes de pêche au thon.⁹⁸² D'après le Groupe spécial, l'Organe d'appel a admis qu'en principe, le droit de l'OMC autorisait les États-Unis à "adapter" les prescriptions imposées par la mesure modifiée concernant le thon en fonction de "la probabilité que des dauphins subiraient des effets nuisibles au cours des opérations de pêche au thon dans les conditions correspondantes" des différentes pêcheries.⁹⁸³ Pour le Groupe spécial, cela signifiait que, parce que l'Organe d'appel avait constaté que l'encerclement des dauphins était particulièrement dommageable pour ces derniers, il avait implicitement reconnu que les États-Unis n'avaient pas besoin d'imposer les mêmes normes pour

⁹⁷⁸ Communication du Mexique en tant qu'autre appelant, paragraphe 161.

⁹⁷⁹ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 186 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 165; et *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 140 à 143).

⁹⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.578 et note de bas de page 792 y relative (faisant référence aux paragraphes 7.126 à 7.135).

⁹⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.579 à 7.581.

⁹⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.582.

⁹⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.582 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 286).

toutes les méthodes de pêche afin de faire en sorte que leur régime soit compatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.326. Nous rappelons que, dans notre évaluation de l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous n'avons pas souscrit à la déclaration du Groupe spécial selon laquelle, dans le cadre de la procédure initiale, l'Organe d'appel avait établi que les États-Unis étaient en droit d'exclure à jamais de l'accès au label *Dolphin Safe* les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins, et qu'ils pouvaient mettre leur régime d'étiquetage *Dolphin Safe* en conformité avec l'article 2.1 sans exclure des méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins. Nous avons considéré en outre que, en constatant que cette question avait été "réglée" lors de la procédure initiale, le Groupe spécial avait empêché une analyse relationnelle et comparative convenable des distinctions réglementaires et du traitement du groupe de produits qui ne sont pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, par rapport au groupe de produits qui y sont admissibles. En outre, nous avons observé que l'approche du Groupe spécial l'avait aussi empêché de procéder à un examen de la question centrale dans la présente procédure de mise en conformité, à savoir un examen complet de la question de savoir si les changements apportés par les États-Unis à la mesure modifiée concernant le thon suffisent à rendre cette mesure conforme aux recommandations et décisions de l'ORD. Nous constatons que, parce que ces critiques concernent des aspects du raisonnement et des constatations du Groupe spécial sur lesquels il s'était aussi appuyé dans le contexte de son analyse au titre du texte introductif de l'article XX, et que nous jugeons nous aussi pertinents pour cette analyse, le Groupe spécial a aussi fait erreur dans son évaluation des critères d'admissibilité au titre du texte introductif.

7.327. En ce qui concerne l'analyse par le Groupe spécial des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, les États-Unis avancent plusieurs allégations qui sont identiques ou semblables à celles qu'ils présentent pour contester l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. La principale de ces contestations est l'allégation des États-Unis selon laquelle la majorité du Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant la certification imposaient une discrimination arbitraire ou injustifiable car toute différence dans l'exactitude de l'étiquetage résultant des différences dans la formation et l'apprentissage entre les capitaines et les observateurs sont "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan.⁹⁸⁴ De l'avis des États-Unis, l'analyse de la majorité du Groupe spécial contredit le principe, exprimé par l'Organe d'appel, que "le droit de l'OMC autorisait les États-Unis à "adapter" les prescriptions imposées par la mesure modifiée" en fonction des risques différents présentés pour les dauphins dans les différentes pêcheries.⁹⁸⁵ Pour les États-Unis, un Membre peut imposer des prescriptions différentes en fonction des conditions différentes existant dans les zones soumises à chaque type de prescription, ce que corrobore le point de vue de l'Organe d'appel selon lequel le fait de ne pas prendre en considération les niveaux de risque différents ou les conditions différentes existant dans des pays différents signifie que la mesure ne satisfait pas aux prescriptions du texte introductif.⁹⁸⁶ Les États-Unis soutiennent en outre que, une fois établi qu'ils peuvent imposer des prescriptions différentes pour tenir compte du fait que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP a un profil de risque différent des autres pêcheries, il est clair que les prescriptions différentes concernant la certification par référence à l'objectif de protection des dauphins.⁹⁸⁷ De plus, ils soutiennent que la constatation de la majorité du Groupe spécial contredit la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle les États-Unis pourraient se mettre en conformité sans exiger une certification d'un observateur pour accorder

⁹⁸⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 421.

⁹⁸⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 422 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.582; citant lui-même le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 286).

⁹⁸⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 422 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 165; et *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 140 à 143).

⁹⁸⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 423. Les États-Unis font valoir que cet argument est également étayé par le raisonnement du membre du Groupe spécial ayant rédigé une opinion séparée. (*Ibid.*)

l'accès au label *Dolphin Safe*.⁹⁸⁸ Ils avancent des arguments similaires pour ce qui est des prescriptions concernant le repérage et la vérification.⁹⁸⁹

7.328. Pour sa part, le Mexique n'avance pas de nouveaux arguments en réponse à cette allégation des États-Unis, mais renvoie à son argumentation générale sur la question de savoir si le Groupe spécial a dûment tenu compte des risques différents à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁹⁹⁰ Nous rappelons que, en résumé, le Mexique fait valoir que la mesure modifiée concernant le thon n'est pas sauvée par le fait qu'elle accepte un pourcentage plus élevé de renseignements incorrects quant au statut *Dolphin Safe* sur les étiquettes des produits à l'intention des consommateurs pour le thon capturé dans des pêcheries prétendument à risque faible (c'est-à-dire dans toutes les pêcheries à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP) que pour le thon capturé dans la pêcherie prétendument à risque élevé (c'est-à-dire la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP). Parce que l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon, qui consiste à "faire en sorte que les consommateurs ne soient pas trompés ou induits en erreur quant à la question de savoir si les produits du thon contiennent du thon capturé d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins" est un objectif "absolu", il n'y a pas de mortalité ni de blessures graves "acceptables" dans les renseignements concernant le statut *Dolphin Safe*. Le Mexique fait valoir que, compte tenu des objectifs de la mesure modifiée concernant le thon, toute adaptation des risques différents par la mesure entraîne clairement une discrimination arbitraire et injustifiable.

7.329. Nous rappelons que l'analyse visant à déterminer si une discrimination est arbitraire ou injustifiable "devrait être axée sur la cause de la discrimination, ou la raison d'être avancée pour expliquer son existence".⁹⁹¹ En effet, comme l'a expliqué l'Organe d'appel, "[l']un des facteurs les plus importants" pour l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable est la question de savoir si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure a été provisoirement justifiée, ou si elle est rationnellement liée à cet objectif.⁹⁹² Toutefois, l'examen peut ne pas être tout entier consacré à la relation entre la discrimination et l'objectif d'une mesure; en fonction de la nature de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire considérée, il pourrait y avoir des facteurs additionnels qui seraient également pertinents pour cette évaluation globale.⁹⁹³

7.330. Dans les circonstances du présent différend, nous interprétons cette jurisprudence comme permettant, en tant qu'elle est pertinente pour l'analyse d'une discrimination arbitraire ou injustifiable au titre du texte introductif de l'article XX, une évaluation du point de savoir si les prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon sont adaptées à la probabilité que des dauphins subiraient des effets nuisibles au cours des opérations de pêche au thon dans les conditions correspondantes. Selon les États-Unis, toutes différences dans les prescriptions réglementaires de la mesure modifiée concernant le thon sont justifiées par référence à l'objectif de protection des dauphins car ces différences reflètent les différences dans les profils de risque dans les différentes pêcheries. Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont avancé cette raison pour expliquer pourquoi les ensembles de prescriptions différents prévus par la mesure modifiée concernant le thon ne signifiaient pas que cette mesure était conçue et appliquée d'une manière qui constituait une discrimination arbitraire ou injustifiable. Pour cette raison, il incombait au Groupe spécial d'évaluer cette explication, ainsi que tout élément de preuve concernant la conception et l'application de la mesure, afin de déterminer s'ils suffisaient à démontrer que la mesure n'était pas conçue ni appliquée d'une manière qui constituait une discrimination arbitraire ou injustifiable.

7.331. Dans son examen des prescriptions concernant la certification au titre du texte introductif de l'article XX, le Groupe spécial s'est de nouveau appuyé sur le raisonnement et les constatations

⁹⁸⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 424 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 296).

⁹⁸⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 455 à 457.

⁹⁹⁰ Communication du Mexique en tant qu'intimé, paragraphe 212 (faisant référence à la section IV.B de sa communication).

⁹⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 226 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*; *États-Unis – Crevettes*; et *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*).

⁹⁹² Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306.

⁹⁹³ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.321.

qu'il avait formulés dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC. En particulier, il a dit souscrire à l'allégation du Mexique selon laquelle les capitaines n'avaient peut-être pas l'expertise technique nécessaire pour certifier avec exactitude qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé dans une opération ou un déploiement d'engins particulier.⁹⁹⁴ Il a conclu que, dans la mesure où l'on ne pouvait pas partir du principe que les capitaines avaient les compétences nécessaires pour établir une certification *Dolphin Safe* exacte, cette distinction facilitait l'étiquetage *Dolphin Safe* incorrect des produits du thon contenant du thon non-*Dolphin Safe* capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP.⁹⁹⁵ Compte tenu de cela, il a constaté que les États-Unis n'avaient pas montré que les prescriptions différentes concernant la certification n'imposaient aucune discrimination arbitraire ou injustifiable.⁹⁹⁶ Il a en outre rappelé sa constatation selon laquelle les dispositions relatives aux déterminations étaient aussi incompatibles avec l'article 2.1 car les États-Unis n'avaient pas expliqué d'une manière adéquate comment le fait que les déterminations pertinentes étaient possibles seulement en ce qui concerne certaines pêcheries était rationnellement lié à l'objectif recherché.⁹⁹⁷ Dans son examen des prescriptions concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial s'est de nouveau appuyé sur le raisonnement et les constatations qu'il avait formulés dans le contexte de l'article 2.1 pour conclure que la charge moindre qui était imposée aux producteurs capturant du thon ailleurs que dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP n'était pas rationnellement liée à l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon.⁹⁹⁸

7.332. Nous rappelons que, dans notre évaluation de l'analyse par le Groupe spécial des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous avons constaté que l'approche segmentée du Groupe spécial l'avait conduit à négliger la manière dont ces prescriptions, lorsqu'elles étaient considérées conjointement avec les conditions de fond limitant l'accès au label *Dolphin Safe*, concouraient avec celles-ci à *favoriser la réalisation* des objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. Nous avons donc estimé que la décision du Groupe spécial d'adopter une approche analytique segmentée l'empêchait d'appliquer dûment le critère juridique qu'il avait énoncé. Nous nous sommes également dits préoccupés par le fait que l'analyse du Groupe spécial n'indiquait pas clairement si celui-ci estimait, dans le contexte des prescriptions différentes concernant la certification, que les profils de risque des pêcheries pertinentes d'où provenaient les différents groupes de produits du thon étaient les *mêmes* ou *différents*. Par conséquent, bien que le concept de profils de risque différents présentés pour les dauphins dans les pêcheries pertinentes semble avoir joué un certain rôle dans l'analyse du Groupe spécial, nous n'avons pas considéré que cette analyse englobait un examen des risques de dommage relatifs présentés pour les dauphins par différentes techniques de pêche dans différentes zones océaniques, ou le point de savoir si les distinctions faites par la mesure modifiée concernant le thon pour ce qui est des conditions d'accès différentes au label *Dolphin Safe* s'expliquaient par les profils de risque relatifs.⁹⁹⁹ Pour ce qui est de l'analyse par le Groupe spécial des prescriptions concernant le repérage et la vérification, nous avons observé que le Groupe spécial n'avait pas cherché à identifier les profils de risque à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, et que nous n'étions pas convaincus par l'idée du Groupe spécial selon laquelle il n'avait pas besoin de prendre en considération ces profils de risque parce que ces prescriptions avaient trait à des circonstances intervenant uniquement après le moment de la capture.¹⁰⁰⁰ Nous constatons

⁹⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.598 à 7.601.

⁹⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.602.

⁹⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.603.

⁹⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.604.

⁹⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.610.

⁹⁹⁹ Nous avons aussi examiné les allégations des États-Unis concernant l'analyse par le Groupe spécial des dispositions relatives aux déterminations, mais n'avons pas trouvé de fondement pour une erreur de droit. En particulier, nous avons considéré que le Groupe spécial n'avait pas plaidé indûment la cause du Mexique s'agissant des dispositions relatives aux déterminations, et que le Groupe spécial n'avait pas fait erreur en se centrant sur la manière dont ces dispositions étaient conçues, plutôt que sur la manière dont elles étaient appliquées.

¹⁰⁰⁰ Nous avons aussi examiné l'argument des États-Unis selon lequel tout effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime parce que les parties à l'AIDCP avaient consenti à imposer un programme d'observateur unique à leurs branches de production du thon. Nous avons noté que la mesure modifiée concernant le thon faisait une distinction entre plusieurs catégories de pêcheries, mais que les prescriptions de l'AIDCP concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification ne s'appliquaient qu'en ce qui concerne le thon capturé dans les pêcheries appartenant à l'une de ces catégories, à savoir la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Nous avons également noté que les

que, parce que ces critiques concernent des aspects du raisonnement et des constatations du Groupe spécial sur lesquels il s'était aussi appuyé dans le contexte de son analyse au titre du texte introductif de l'article XX, le Groupe spécial a aussi fait erreur dans son évaluation des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification au titre du texte introductif.

7.3.2.2.3 Conclusion

7.333. Nous avons relevé un certain nombre d'erreurs dans l'analyse et les constatations finales du Groupe spécial au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 pour ce qui est des critères d'admissibilité, des prescriptions concernant la certification et des prescriptions concernant le repérage et la vérification. Nous ne considérons pas que le Groupe spécial a dûment analysé si la discrimination qui existait concernait des pays où les mêmes conditions existaient. Ayant examiné les constatations du Groupe spécial, nous considérons que, dans le présent différend, les conditions qui existent entre les différents pays sont les risques d'effets nuisibles présentés pour les dauphins par les pratiques de pêche au thon, et que ces conditions sont les mêmes aux fins de l'analyse de la conformité de la mesure modifiée concernant le thon avec les prescriptions du texte introductif.

7.334. Pour ce qui est de savoir si les critères d'admissibilité entraînaient une discrimination arbitraire ou injustifiable, nous considérons que l'analyse du Groupe spécial souffrait d'un défaut semblable à celui de son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, à savoir que le Groupe spécial a conclu catégoriquement que l'exclusion des produits du thon obtenus à partir du thon capturé par encerclement des dauphins était une distinction réglementaire admissible sans procéder à l'exercice intrinsèquement comparatif nécessaire pour déterminer dans quelles circonstances une telle distinction serait admissible. Nous exprimons en outre plusieurs préoccupations quant à l'analyse par le Groupe spécial des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, y compris le fait que le Groupe spécial n'a pas dûment identifié les profils de risque relatifs des différentes pêcheries qui lui auraient permis d'évaluer si les distinctions réglementaires que comportait la mesure modifiée concernant le thon étaient, comme le faisaient valoir les États-Unis, adaptées aux profils de risque différents des différentes pêcheries.

7.335. Par ailleurs, le fait que le Groupe spécial a procédé à une analyse segmentée et isolée des trois ensembles de prescriptions prévues par la mesure modifiée concernant le thon posait aussi problème dans le contexte d'une analyse au titre du texte introductif de l'article XX. En effet, la conclusion qu'un élément particulier de la mesure modifiée concernant le thon entraîne une discrimination arbitraire ou injustifiable parce qu'il n'est pas équilibré par rapport aux profils de risque particuliers des différentes pêcheries peut ne pas être tenable si d'autres éléments intégraux de la mesure sont également examinés. À notre avis, cela souligne l'importance qu'il y a à effectuer l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable en ce qui concerne les éléments pertinents de la mesure, en tenant compte des liens pertinents qui les unissent. Pour les raisons susmentionnées, nous infirmos la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.5.a de son rapport, selon laquelle les "critères d'admissibilité" sont appliqués d'une manière compatible avec le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, ainsi que les constatations distinctes formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.5.b et 8.5.c de son rapport, selon lesquelles les "prescriptions concernant la certification" et les "prescriptions concernant le repérage" sont les unes et les autres appliquées d'une manière incompatible avec le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

7.3.3 Action de compléter l'analyse juridique

7.336. Ayant infirmé les constatations formulées par le Groupe spécial au titre du GATT de 1994, nous passons maintenant à l'examen du point de savoir si nous pouvons compléter l'analyse et nous prononcer sur la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon est compatible avec les obligations des États-Unis au titre du GATT de 1994. Comme nous l'avons noté, bien que l'action de compléter l'analyse juridique puisse aider à assurer le règlement rapide et la résolution

conditions que la mesure modifiée concernant le thon appliquait en ce qui concerne le thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, en tout état de cause, n'avaient pas la même portée que celles prévues par l'AIDCP, en particulier parce que l'AIDCP n'excluait pas le thon capturé par encerclement des dauphins de l'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe*.

efficace du différend, l'Organe d'appel a complété l'analyse juridique uniquement lorsqu'il y avait suffisamment de constatations de fait du Groupe spécial et de faits non contestés versés au dossier qui lui permettaient de le faire.

7.3.3.1 Articles I:1 et III:4 du GATT de 1994

7.337. Nous commençons par une évaluation de la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. Nous faisons observer que, faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, le Groupe spécial a énoncé les quatre éléments dont l'existence doit être démontrée pour établir qu'une mesure est incompatible avec l'article I:1¹⁰⁰¹, ainsi que les trois éléments requis pour établir qu'il y a incompatibilité avec l'article III:4.¹⁰⁰² Le Mexique et les États-Unis admettent tous deux que la mesure modifiée concernant le thon satisfait à tous les éléments pertinents dont l'existence doit être démontrée pour établir qu'il y a violation de chaque disposition, à l'exception du dernier de ces éléments.¹⁰⁰³ Ainsi, en ce qui concerne l'article I:1, il nous reste à examiner si, en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, l'"avantage" d'accéder au label *Dolphin Safe* qui est accordé aux produits du thon provenant d'autres pays est "immédiatement et sans condition, étendu" aux produits du thon mexicains similaires. En examinant cette question, nous prenons aussi note de la déclaration du Groupe spécial selon laquelle les critères d'admissibilité et les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification sont des "conditions" qui sont imposées pour l'"avantage" d'accéder au label *Dolphin Safe*.¹⁰⁰⁴ S'agissant de l'article III:4, nous devons examiner si le traitement auquel la mesure modifiée concernant le thon soumet les produits du thon des États-Unis est "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits du thon mexicains similaires.

7.338. Nonobstant leurs différences textuelles, les articles I:1 et III:4 concernent tous deux la protection des anticipations relatives à l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés similaires, soit à l'importation soit à l'exportation, ou à l'intérieur du marché d'un Membre.¹⁰⁰⁵ Ainsi, comme le Groupe spécial l'a correctement reconnu¹⁰⁰⁶, en l'espèce, l'examen qui doit être effectué au titre de ces deux dispositions doit être axé sur la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon modifie les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains par rapport aux produits du thon des États-Unis ou aux produits du thon importés de tout autre pays.¹⁰⁰⁷

7.339. Nous rappelons que, pour compléter l'analyse juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous avons examiné la question de savoir si les conditions d'étiquetage dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, prises conjointement, modifiaient les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰¹ Le Groupe spécial a expliqué que, pour établir qu'il y a incompatibilité avec l'article I:1, il fallait démontrer:

- i) que la mesure en cause relevait de l'article I:1; ii) que les produits importés en cause étaient des produits "similaires" au sens de l'article I:1; iii) que la mesure en cause conférait un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" pour un produit originaire du territoire de tout pays; et iv) que l'avantage ainsi accordé n'était pas accordé "immédiatement" et "sans condition" aux produits "similaires" originaires du territoire de tous les Membres.

(rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.405 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.86).)

¹⁰⁰² Le Groupe spécial a expliqué que, pour établir qu'il y a incompatibilité avec l'article III:4, il fallait démontrer:

- i) que les produits importés et nationaux étaient des "produits similaires"; ii) que la mesure en cause était "[une] loi[], [un] règlement[] ou [une] prescription[]" affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation ... sur le marché intérieur" des produits en cause; et iii) que le traitement auquel les produits importés étaient soumis était "moins favorable" que celui qui était accordé aux produits nationaux similaires.

(rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.470 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.99).)

¹⁰⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.424 et 7.496.

¹⁰⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.442.

¹⁰⁰⁵ Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.88 et 5.101.

¹⁰⁰⁶ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.426 et 7.477.

¹⁰⁰⁷ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.88 et 5.101; *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 129; et *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137.

¹⁰⁰⁸ Voir *supra* les paragraphes 7.234 à 7.238.

Nous avons noté que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel s'est appuyé sur les constatations de fait formulées par le Groupe spécial initial selon lesquelles, "au regard des pratiques actuelles des flottilles de thoniers des États-Unis et du Mexique, la plupart des thons capturés par des navires mexicains ... n'auraient pas le droit d'être contenus dans un produit *Dolphin Safe* au titre des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*", alors que "la plupart du thon capturé par les navires des États-Unis [était] susceptible d'avoir le droit d'utiliser le label".¹⁰⁰⁹ Nous avons en outre estimé que les constatations de fait du Groupe spécial dans la présente procédure de mise en conformité n'allaient pas à l'encontre de ces constatations initiales. De fait, nous avons fait observer que la distinction réglementaire entre les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins et les produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche, qui restait inchangée par rapport à la mesure initiale concernant le thon, "[avait] pour effet de refuser" aux produits du thon mexicains l'accès au label *Dolphin Safe*.¹⁰¹⁰ En outre, nous n'avons pas vu de constatations du Groupe spécial ou d'éléments de preuve non contestés versés au dossier indiquant que la position des produits du thon des États-Unis ou d'autres pays en ce qui concerne l'accès au label *Dolphin Safe* avait changé à la suite des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification introduites par le règlement final de 2013 pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Enfin, nous avons noté que les participants convenaient que la mesure modifiée concernant le thon modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains d'une manière semblable à ce qui était prévu par la mesure initiale concernant le thon.¹⁰¹¹ Compte tenu de ce qui précède, nous avons conclu qu'en excluant la plupart des produits du thon mexicains de l'accès au label *Dolphin Safe*, tout en accordant un accès conditionnel à ce label aux produits similaires des États-Unis et d'autres pays, la mesure modifiée concernant le thon modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains.

7.340. À notre avis, les mêmes considérations s'appliquent à la question de savoir si les conditions d'étiquetage dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, prises conjointement, établissent une discrimination à l'égard des produits du thon mexicains d'une manière incompatible avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, nous constatons qu'en excluant la plupart des produits du thon mexicains de l'accès au label *Dolphin Safe*, tout en accordant un accès conditionnel à ce label aux produits similaires des États-Unis et d'autres pays, la mesure modifiée concernant le thon: i) accorde aux produits du thon en provenance d'autres pays un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" qui n'est pas, "immédiatement et sans condition étendu[]" aux produits similaires en provenance du Mexique, et est donc incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994; et ii) soumet les produits du thon mexicains à un "traitement moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires, et est donc incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994.

7.3.3.2 Article XX du GATT de 1994

7.341. Nous passons maintenant à la question de savoir si nous pouvons compléter l'analyse juridique en ce qui concerne le moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX du GATT de 1994. Un défendeur qui cherche à justifier sa mesure au titre de cette disposition a la charge de démontrer que la mesure relève de l'un des alinéas de l'article XX et qu'elle satisfait aux prescriptions du texte introductif.¹⁰¹² Comme nous l'avons noté, le Groupe spécial a constaté que les caractéristiques de la mesure modifiée concernant le thon qui donnaient lieu à des violations des articles I^{er} et III "se rapport[ai]ent" à l'objectif de conservation des dauphins et, par conséquent, étaient provisoirement justifiées au regard de l'article XX g).¹⁰¹³ Aucun participant n'a fait appel de cette constatation du Groupe spécial.

¹⁰⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 234 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.317).

¹⁰¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.447. Voir aussi le paragraphe 7.498.

¹⁰¹¹ Voir, par exemple, la première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 223 à 227, 231 et 232; et la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 329 (faisant référence à la réponse du Mexique à la question n° 57 du Groupe spécial, paragraphes 146 et 155). Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.115 et 7.446.

¹⁰¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, pages 24 à 26.

¹⁰¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.541. Le Groupe spécial a appliqué le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne le moyen de défense des États-Unis au titre de l'alinéa b) de l'article XX. (*Ibid.*, paragraphe 7.545)

7.342. S'agissant des prescriptions du texte introductif, nous axons notre examen tout d'abord sur la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon entraîne une discrimination arbitraire ou injustifiable. L'Organe d'appel a indiqué précédemment qu'une mesure était appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable lorsque l'application de la mesure entraînait une discrimination entre les pays où les mêmes conditions existaient, et que cette discrimination était arbitraire ou injustifiable.¹⁰¹⁴ Comme nous l'avons noté, la mesure modifiée concernant le thon exclut la plupart des produits du thon mexicains de l'accès au label *Dolphin Safe* en raison de l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins, tout en accordant un accès conditionnel à ce label aux produits du thon des États-Unis et d'autres pays. Cette différence de traitement résulte de la distinction établie par la mesure modifiée concernant le thon entre le traitement accordé aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et celui qui est accordé aux produits du thon obtenus à partir de thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de cette pêcherie. Nous considérons donc que la discrimination pertinente aux fins du texte introductif de l'article XX est celle consistant à établir en vertu de la mesure des distinctions entre ces différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques.¹⁰¹⁵ Comme nous l'avons aussi constaté plus haut, les mêmes conditions existent entre les pays, à savoir le risque d'effets nuisibles présenté pour les dauphins par les pratiques de pêche au thon.

7.343. Nous examinons maintenant si la discrimination est arbitraire ou injustifiable. Nous rappelons que l'analyse du point de savoir si la discrimination est arbitraire ou injustifiable "devrait être axée sur la cause de la discrimination, ou la raison d'être avancée pour expliquer son existence".¹⁰¹⁶ En effet, comme l'a expliqué l'Organe d'appel, "[l]'un des facteurs les plus importants pour l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable est la question de savoir si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure a été provisoirement justifiée, ou si elle est rationnellement liée à cet objectif".¹⁰¹⁷ Toutefois, la relation entre la discrimination et l'objectif de la mesure n'est pas le seul critère; en fonction de la nature de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire considérée, il pourrait y avoir des facteurs additionnels qui seraient également pertinents pour cette évaluation globale.¹⁰¹⁸

7.344. En examinant l'approche adoptée par le Groupe spécial pour analyser la discrimination arbitraire ou injustifiable au titre du texte introductif de l'article XX, nous avons jugé pertinente la question de savoir si les prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon étaient adaptées en fonction de toutes différences dans les risques causés aux dauphins à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Selon les États-Unis, toutes différences dans les prescriptions réglementaires de la mesure modifiée concernant le thon sont justifiées par référence à l'objectif de protection des dauphins car ces différences sont adaptées pour refléter les différences dans les risques présentés dans les différentes pêcheries.¹⁰¹⁹ Étant donné que les États-Unis ont avancé cette raison pour justifier l'existence de toute discrimination dans les prescriptions réglementaires de leur mesure, nous devons examiner cette explication, la conception de la mesure, ainsi que toutes constatations de fait ou faits non contestés relatifs à son application afin de déterminer si ces éléments démontrent que la mesure n'entraîne pas de discrimination arbitraire ou injustifiable.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 150.

¹⁰¹⁵ L'Organe d'appel a fait remarquer que la discrimination pertinente au titre du texte introductif différait, par sa nature et sa qualité, de la discrimination dans le traitement des produits qui avait été jugée incompatible avec l'une des obligations de fond contenues dans le GATT de 1994, mais que cela ne signifiait pas que les circonstances ayant engendré la discrimination qui devait être examinée au titre du texte introductif ne pouvaient pas être les mêmes que celles qui avaient entraîné une constatation de violation d'une disposition de fond du GATT de 1994. (Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.298)

¹⁰¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 226 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*; *États-Unis – Crevettes*; et *États-Unis – Crevettes* (article 21:5 – *Malaisie*)).

¹⁰¹⁷ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.306.

¹⁰¹⁸ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.321.

¹⁰¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 282.

¹⁰²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.505.

7.345. Nous sommes conscients qu'il y a à la fois des similitudes et des différences entre les analyses effectuées au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a noté qu'il existait des parallèles entre les deux critères juridiques, en particulier, le fait que le concept de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" figurait aussi bien dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 que dans le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC.¹⁰²¹ Dans le même temps, l'Organe d'appel a reconnu qu'il existait des différences entre les analyses requises au titre de l'article 2.1 et au titre du texte introductif de l'article XX, y compris le fait que les critères juridiques applicables au titre des deux dispositions étaient différents.¹⁰²²

7.346. Dans la présente procédure au titre de l'article 21:5, le Groupe spécial a examiné la relation entre l'article 2.1 de l'Accord OTC et le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.¹⁰²³ Il a considéré que, dans les cas où un groupe spécial aurait constaté, dans le contexte de l'article 2.1, qu'une mesure n'était pas impartiale parce qu'elle était appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, il serait généralement approprié qu'il utilise le raisonnement sous-tendant cette constatation dans son analyse au titre du texte introductif. Le Groupe spécial a noté la mise en garde exprimée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, et le fait que l'Organe d'appel avait reproché au Groupe spécial d'avoir transposé son analyse au titre de l'article 2.1 dans son analyse au titre du texte introductif de l'article XX. Toutefois, selon le Groupe spécial, la décision de l'Organe d'appel ne corrobore pas l'idée qu'un groupe spécial ne peut jamais s'appuyer sur ses constatations au titre de l'article 2.1 dans le contexte du texte introductif de l'article XX, mais plutôt l'idée qu'il doit justifier l'utilisation de ces constatations. Le Groupe spécial a donc considéré que rien dans le raisonnement de l'Organe d'appel n'empêchait un groupe spécial d'appliquer des aspects pertinents du raisonnement qu'il avait développé dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC à son analyse au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

7.347. Nous convenons que, tant que les similitudes et les différences entre l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article XX du GATT de 1994 sont prises en compte, il peut être admissible de s'appuyer sur le raisonnement développé dans le contexte d'un accord aux fins d'effectuer une analyse au titre de l'autre accord. Le Groupe spécial a lui-même effectué ses analyses au titre de l'article 2.1 et de l'article XX sur la base d'un critère juridique développé dans le contexte de l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable, c'est-à-dire la question de savoir si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale par rapport auquel la mesure a été provisoirement justifiée, ou si elle est rationnellement liée à cet objectif. Nous notons, à cet égard, que les États-Unis avaient constamment soutenu que toutes différences de traitement dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon étaient justifiées par référence à l'objectif de protection des dauphins car ces différences reflétaient les différences dans les risques présentés dans les différentes pêcheries, ou étaient adaptées en fonction de ces risques.

7.348. En outre, nous avons rappelé précédemment que, par rapport à la mesure initiale concernant le thon, le règlement final de 2013 ne modifiait pas l'exclusion des produits du thon obtenus à partir de thon capturé par encerclement des dauphins pour ce qui est de l'accès au label *Dolphin Safe*; au lieu de cela, il a introduit dans la mesure modifiée concernant le thon des prescriptions additionnelles qui s'appliquaient exclusivement à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, dont les principales étaient les nouvelles prescriptions voulant: i) que les capitaines certifient, dans chaque zone de l'océan, et quelle que soit la méthode de pêche utilisée, qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé; et ii) que tous les thons *Dolphin Safe* soient séparés des thons non-*Dolphin Safe* depuis le moment de la capture jusqu'au bout de la chaîne de transformation.¹⁰²⁴ Nous avons en outre souscrit à l'avis du

¹⁰²¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 173; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 213).

¹⁰²² Sur cette base, l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* a constaté que le Groupe spécial avait fait erreur en appliquant le même critère juridique au texte introductif de l'article XX que celui qu'il avait appliqué au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. (Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.313)

¹⁰²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.555 à 7.560. Voir aussi les paragraphes 7.79 à 7.92.

¹⁰²⁴ Comme nous l'avons noté, dans les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon introduit aussi une prescription concernant les observateurs dans le cas où l'Administrateur adjoint du NMFS a déterminé que les observateurs étaient

Groupe spécial selon lequel les nouvelles dispositions exigeant une certification concernant la mortalité ou les blessures graves des dauphins pour tous les produits du thon répondaient à la préoccupation spécifique indiquée par l'Organe d'appel et "met[taient] la mesure modifiée sur la voie de la conformité avec le droit de l'OMC".¹⁰²⁵ Aussi, dans la mesure où ces prescriptions servent à accroître la capacité de la mesure modifiée concernant le thon à "remédier[r] ... aux effets nuisibles résultant pour les dauphins de l'utilisation des méthodes de pêche employées de manière prédominante par des flottilles de pêche qui approvisionnent les producteurs de thon des États-Unis et d'autres pays"¹⁰²⁶ à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, il peut être considéré qu'elles pourvoient à l'"adaptation" du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* qui, d'après les constatations de l'Organe d'appel, faisait défaut dans la mesure initiale concernant le thon. Pour évaluer si la mesure modifiée concernant le thon entraîne une discrimination arbitraire ou injustifiable en raison de la façon dont elle remédie aux effets nuisibles relatifs sur les dauphins existant à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport aux effets à l'intérieur de cette pêcherie, il serait important d'examiner quels sont les constatations du Groupe spécial ou les éléments de preuve non contestés versés au dossier du Groupe spécial concernant les différents profils de risques dans ces différentes pêcheries.

7.349. Comme nous l'avons fait observer dans le contexte de notre action visant à compléter l'analyse juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, les États-Unis et le Mexique ont tous deux présenté de très nombreux arguments et éléments de preuve en l'espèce concernant la nature et l'importance des dommages relatifs causés aux dauphins, à la fois observés et non observés, associés à différentes méthodes de pêche. À notre avis, le Groupe spécial n'a toutefois pas examiné les dommages *relatifs* observés associés à l'encerclement des dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP par rapport à d'autres pratiques de pêche à l'extérieur de cette pêcherie. En fait, l'analyse du Groupe spécial indiquait clairement que sa conclusion reposait seulement sur sa constatation selon laquelle les dommages *non observés* différaient entre l'encerclement des dauphins et d'autres méthodes de pêche. Cette approche du Groupe spécial a été suivie dans son analyse au titre du texte introductif de l'article XX. Dans ce contexte, le Groupe spécial a réitéré son point de vue selon lequel les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins ne causaient pas des dommages non observés identiques ou semblables à ceux qui étaient causés par l'encerclement des dauphins.¹⁰²⁷

7.350. Comme nous l'avons expliqué, la portée limitée de la conclusion du Groupe spécial est importante à deux égards. Premièrement, le désaccord entre les parties sur la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon était bien adaptée reposait sur des hypothèses fondamentalement différentes concernant les profils de risques associés à différentes pratiques de pêche. Les États-Unis affirmaient que les risques associés aux pratiques de pêche autres que l'encerclement des dauphins étaient "bien loin de la mortalité ou des blessures graves des dauphins observées qui [étaient] causées par l'encerclement des dauphins"¹⁰²⁸, alors que le Mexique maintenait que la mortalité ou les blessures graves observées qui découlaient de pratiques de pêche autres que l'encerclement des dauphins étaient "égales ou supérieures"¹⁰²⁹ à celles qui étaient associées à l'encerclement des dauphins. Les parties étaient aussi en désaccord sur la nature et la portée des dommages non observés. Les États-Unis soutenaient que l'association entre les thons et les dauphins et les dommages non observés connexes étaient propres à la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP¹⁰³⁰, tandis que le Mexique maintenait que cette association existait aussi à l'extérieur de l'ETP, et que les dommages non observés découlaient aussi de méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins.¹⁰³¹ En n'examinant pas les risques relatifs présentés par différentes méthodes de pêche en ce qui concerne la mortalité ou les blessures graves *observées*, et en s'intéressant uniquement à la différence plus étroite dans les profils de risques respectifs attribuables aux dommages *non*

qualifiés et habilités à certifier qu'il n'y avait "aucun dauphin tué ou gravement blessé", et, que dans la pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, il n'y avait "aucun encerclement des dauphins", dans les cas où ces observateurs étaient déjà à bord du navire.

¹⁰²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.141.

¹⁰²⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292.

¹⁰²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.581.

¹⁰²⁸ Deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 201. Voir aussi la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 236.

¹⁰²⁹ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphes 13, 248, 263 et 306.

¹⁰³⁰ Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 85, 338 et 339.

¹⁰³¹ Première communication écrite du Mexique au Groupe spécial, paragraphe 248.

observés, le Groupe spécial n'a jamais tranché la question des niveaux généraux de risque dans les différentes pêcheries, et de savoir s'ils pouvaient être comparés les uns aux autres, alors que les deux parties avaient examiné ces profils de risques comparatifs dans leur argumentation pour étayer leurs arguments concernant la discrimination arbitraire ou injustifiable au titre du texte introductif de l'article XX. Nous notons, à cet égard, que, à l'audience du présent appel, le Mexique et les États-Unis ont tous deux critiqué le Groupe spécial pour s'être intéressé à un ensemble de dommages trop étroit et, en particulier, pour ne pas avoir traité les dommages observés.

7.351. Deuxièmement, il était, à notre avis, particulièrement important de parvenir à une conclusion au sujet des profils de risques *relatifs* attribuables à différentes pêcheries, y compris au sujet à la fois des dommages observés *et* non observés, étant donné que la question même que le Groupe spécial cherchait à examiner était celle de savoir si les nouvelles prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon, qui s'appliquaient exclusivement aux pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, prenaient en compte de façon adéquate les risques de dommage pour les dauphins qui existaient dans ces pêcheries. De plus, les principales prescriptions additionnelles – à savoir qu'un capitaine doit certifier qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé, et que des preuves documentaires montrant que les thons capturés ont été séparés dans des zones de stockage *Dolphin Safe* et non-*Dolphin Safe* doivent être mises à disposition – visent toutes deux à améliorer la façon dont la mesure remédie aux risques de mortalité ou de blessures graves observées à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Or, le Groupe spécial n'a jamais cherché à comparer les dommages *relatifs* s'agissant de la mortalité ou des blessures graves observées. En fait, il a tiré une conclusion en se fondant uniquement sur une évaluation comparative des dommages *non observés*. Sur la base des éléments qui précèdent, nous ne considérons pas que le Groupe spécial s'est mis en position de procéder à une évaluation de la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon était impartiale dans la façon dont elle prenait en compte les profils de risques respectifs liés à l'encerclement des dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et aux autres méthodes de pêche à l'extérieur de cette pêcherie.

7.352. Dans le cadre de notre action de compléter l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous avons noté certaines considérations additionnelles concernant l'évaluation des différents profils de risques qui sont aussi pertinentes ici. Notant que la mesure initiale concernant le thon n'exigeait aucune certification à l'extérieur de l'ETP au sujet de la mortalité ou des blessures graves des dauphins, nous avons rappelé la conclusion de l'Organe d'appel selon laquelle, si la mesure initiale concernant le thon prenait pleinement en compte les effets nuisibles résultant pour les dauphins de leur encerclement dans l'ETP, elle ne "vis[ait] pas la mortalité (observée ou non observée) découlant des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins pratiquées à l'extérieur de l'ETP".¹⁰³² Nous avons noté que, dans ces circonstances, il était raisonnable de considérer que, quelles que soient les différences éventuelles dans les risques relatifs, la mesure initiale concernant le thon ne prenait pas en compte l'incidence des dommages découlant de pratiques autres que l'encerclement des dauphins. L'Organe d'appel a déclaré que, "même si l'on admet[tait] que la technique de pêche par encerclement des dauphins [était] particulièrement dommageable pour ces derniers", il n'était pas convaincu que la mesure était impartiale comme les États-Unis le faisaient valoir.¹⁰³³ Nous avons toutefois fait observer que, dans la présente procédure au titre de l'article 21:5, la question concernant les risques relatifs associés aux différentes pratiques de pêche dans différentes zones océaniques était devenue plus critique. Étant donné que la mesure modifiée concernant le thon a introduit une prescription à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP voulant que les capitaines certifient qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé, et que, à cette fin, la séparation des thons *Dolphin Safe* et non-*Dolphin Safe* soit maintenue, l'exercice consistant à évaluer si ces nouvelles prescriptions sont suffisantes pour remédier aux risques encourus par les dauphins à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP exige une meilleure compréhension des profils de risques relatifs à l'intérieur et à l'extérieur de cette pêcherie. De plus, comme nous l'avons noté, les parties ont présenté des analyses opposées, étayées par de nombreux arguments et éléments de preuve, sur les raisons pour lesquelles les risques relatifs de mortalité ou de blessures graves observées justifiaient ou ne justifiaient pas les

¹⁰³² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297 (citant le rapport du Groupe spécial initial, paragraphe 7.544).

¹⁰³³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297. (pas d'italique dans l'original)

différences de traitement réglementaire à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP prévues par la mesure modifiée concernant le thon.

7.353. Même si nous n'ignorons pas qu'il est difficile de faire une telle évaluation des risques respectifs, particulièrement au vu des éléments de preuve très controversés présentés par les parties, nous considérons que l'analyse limitée du Groupe spécial ne lui permettait pas d'apprécier correctement l'ensemble des risques ou niveaux de dommages relatifs existant dans différentes pêcheries. N'ayant pas effectué une évaluation appropriée des risques relatifs existant à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, le Groupe spécial a limité sa capacité de déterminer si les aspects discriminatoires de la mesure modifiée concernant le thon pouvaient être décrits comme étant bien adaptés, ou proportionnés, aux différences entre ces risques compte tenu de l'objectif consistant à protéger les dauphins des effets nuisibles existant dans les différentes pêcheries. Pour des raisons similaires, l'analyse limitée du Groupe spécial en ce qui concerne les profils de risques relatifs restreint à son tour notre capacité de compléter l'analyse juridique à cet égard.

7.354. Pour compléter l'analyse juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous avons ensuite examiné d'autres caractéristiques de la mesure modifiée concernant le thon qui ne dépendent pas d'une évaluation des risques relatifs associés à différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques. En particulier, nous avons examiné les dispositions relatives aux déterminations qui prévoient que, à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, une prescription imposant la fourniture de certifications par des observateurs peut être déclenchée dans des cas où les risques de dommage pour les dauphins que sont la mort ou les blessures graves seraient d'une ampleur comparable à ceux qui existent dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Nous avons rappelé, dans ce contexte, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les dispositions relatives aux déterminations faisaient "partie intégrante" du "système de certification" dans le cadre du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis.¹⁰³⁴ Selon la catégorie de pêcherie concernée, lorsque certaines déterminations ont été faites par l'Administrateur adjoint du NMFS, en plus d'exiger la (les) certification(s) par le capitaine, la mesure modifiée concernant le thon subordonne aussi l'accès au label *Dolphin Safe* à la fourniture d'une certification par un observateur qualifié et agréé au sujet des conditions "aucun encerclement des dauphins" et "aucun dauphin tué ou gravement blessé", lorsqu'il y a lieu. En particulier, cette certification par un observateur est requise si l'Administrateur adjoint du NMFS a fait une détermination pour une pêcherie spécifique selon laquelle: i) dans la pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins, semblable à l'association entre les thons et les dauphins dans l'ETP; ou ii) dans "toutes les autres pêcheries"¹⁰³⁵, il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins.¹⁰³⁶

7.355. Comme le Groupe spécial, nous notons aussi toutefois que les dispositions relatives aux déterminations présentent une "lacune", dans la mesure où il n'apparaît pas qu'elles prennent en compte d'autres cas où il peut y avoir des risques plus élevés de dommage pour les dauphins associés à des méthodes de pêche particulières à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.¹⁰³⁷ Comme il a été dit, la disposition relative aux déterminations applicable à la pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP permet l'ajout

¹⁰³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.257.

¹⁰³⁵ Nous rappelons que la catégorie de "toutes les autres pêcheries" comprend celle des navires non équipés de sennes coulissantes dans toute pêcherie et celle des petits navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP.

¹⁰³⁶ Nous avons par ailleurs noté que la mesure modifiée concernant le thon prévoyait aussi, pour les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la fourniture d'une certification par un observateur, dans les cas où l'Administrateur adjoint du NMFS avait déterminé que les observateurs étaient qualifiés et habilités à certifier qu'il n'y avait "aucun dauphin tué ou gravement blessé" et, pour les navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP, qu'il n'y avait "aucun encerclement des dauphins", et que ces observateurs étaient déjà à bord du navire pour d'autres raisons.

¹⁰³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.263. Comme le Groupe spécial l'a expliqué, en vertu des dispositions relatives aux déterminations, "les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP peuvent être traitées de façon différente, et moins contraignante, dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, même dans les cas où les conditions existant dans ces pêcheries ressemblent à celles qui existent dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, du point de vue du taux de mortalité des dauphins ou du niveau de l'association entre les thons et les dauphins." (*Ibid.*)

d'une prescription imposant la certification par un observateur lorsqu'il est déterminé qu'il y a "association régulière et importante", mais ne prévoit pas qu'une détermination de l'existence d'"une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes" soit faite ou déclenche une prescription imposant la certification par un observateur dans cette pêcherie.¹⁰³⁸ Ce point est difficile à expliquer étant donné que la certification par un observateur est exigée dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, et que la détermination, fondée sur l'existence d'"une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes", peut être établie en vertu de l'autre disposition pertinente relative aux déterminations, laquelle est applicable à "toutes les autres pêcheries".¹⁰³⁹ À notre avis, cette discrimination entre les prescriptions applicables à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP dans les cas où les dommages causés aux dauphins sont semblables est difficile à concilier avec l'objectif consistant à protéger les dauphins contre les dommages. Nous rappelons, à cet égard, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les capitaines, comparés aux observateurs, ne disposent pas nécessairement et toujours des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé.¹⁰⁴⁰

7.356. Dans ce contexte, nous n'avons pas non plus trouvé convaincantes les explications des États-Unis quant aux raisons pour lesquelles cette disposition relative aux déterminations prenait en considération l'association régulière et importante, mais pas la mortalité ou les blessures graves régulières et importantes. En particulier, nous nous sommes dits préoccupés par le fait qu'exiger des navires équipés de sennes coulissantes qu'ils certifient qu'ils n'ont pas procédé à l'encerclement des dauphins en raison de l'existence d'une association régulière et importante ne permettait pas de remédier aux risques identifiés par l'Organe d'appel concernant l'utilisation par ces navires d'autres méthodes de pêche, telles que des dispositifs de concentration du poisson.¹⁰⁴¹ De plus, la mesure modifiée concernant le thon envisage l'existence de risques de mortalité ou de blessures graves en l'absence d'encerclement des dauphins, puisque la disposition relative aux déterminations liée à une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes s'applique dans "toutes les autres pêcheries" existant à l'intérieur comme à l'extérieur de l'ETP. Nous ne voyons pas pourquoi cette disposition relative aux déterminations devrait être conçue comme écartant la possibilité de déclencher l'ajout d'une prescription concernant les observateurs pour les activités ne recourant pas à l'encerclement dans la pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, alors qu'une telle prescription existe déjà pour les activités ne recourant pas à l'encerclement dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et, lorsqu'une détermination est faite, dans "toutes les autres pêcheries". En outre, ce point semblait particulièrement pertinent compte tenu de la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle, bien que l'ajout d'une certification par un observateur attestant qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé n'était peut-être pas le seul moyen permettant aux États-Unis d'adapter leurs dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* en fonction des risques liés à des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, "une telle prescription [pouvait] être appropriée dans des circonstances où les dauphins [étaient] confrontés à des risques élevés de mortalité ou de blessures graves."¹⁰⁴²

7.357. En ce qui concerne la disposition relative aux déterminations qui s'applique à "toutes les autres pêcheries", nous jugeons relativement fondée l'affirmation des États-Unis selon laquelle le point le plus pertinent à prendre en considération en ce qui concerne l'association entre les thons et les dauphins est celui de savoir s'il y a un navire qui a la capacité de cibler délibérément cette association et d'en tirer avantage, et qui causerait donc les dommages observés et non observés aux dauphins qui sont liés à la méthode de pêche de l'encerclement des dauphins. Comme les États-Unis, nous reconnaissons que les pêcheries auxquelles s'applique cette disposition relative aux déterminations ne concernent pas les opérations des grands navires équipés de sennes coulissantes, qui sont les seuls navires considérés comme ayant la capacité d'encercler des dauphins. En même temps, nous prenons également note de l'avis du Groupe spécial selon lequel, chaque fois que les dauphins s'associent aux thons, "la probabilité qu'ils interagissent avec les engins déployés pour la pêche au thon est plus forte, même si cette interaction est accidentelle ou

¹⁰³⁸ Article 1385 d) 1) B) i) de la DPCIA; article 216.91 a) 2) i) du règlement d'application.

¹⁰³⁹ Article 1385 d) 1) D) de la DPCIA; article 216.91 a) 4) iii) du règlement d'application.

¹⁰⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.233.

¹⁰⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292.

¹⁰⁴² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 612 relative au paragraphe 296.

involontaire."¹⁰⁴³ Pour cette raison, le Groupe spécial a considéré que, même pour les méthodes de pêche qui ne ciblaient pas délibérément l'association entre les dauphins et les thons, "le risque de mortalité ou de blessures graves [était] forcément plus élevé"¹⁰⁴⁴ dans les cas où il y avait association et que, en conséquence, "la présence d'observateurs [pouvait] être nécessaire chaque fois qu'il exist[ait] une association entre les thons et les dauphins "régulière et importante", que cette association ait lieu dans une pêcherie à la senne coulissante ou dans tout autre type de pêcherie."¹⁰⁴⁵ On ne voit pas non plus très bien si l'association entre les dauphins et les thons rend forcément plus élevé le risque résultant pour les dauphins des méthodes de pêche autres qu'à la senne coulissante, ni si ce risque plus élevé pourrait être pleinement pris en compte par une détermination indiquant qu'il y a "mortalité ou blessures graves régulières et importantes". Dans la mesure où il peut de fait y avoir un risque plus élevé pour les dauphins en raison d'une association, comparable à celui qui existe dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, même dans les cas où les méthodes de pêche employées ne peuvent pas entraîner l'encerclement des dauphins, et où de tels risques ne pourraient pas être pris en compte par une détermination de l'existence d'une "mortalité ou de blessures graves régulières ou importantes", nous considérerions que cet aspect est pertinent pour une évaluation de l'impartialité de la mesure modifiée concernant le thon.

7.358. Enfin, nous notons que notre analyse concernant les dispositions relatives aux déterminations repose sur l'existence de risques à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP qui sont d'une ampleur comparable à ceux qui existent dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.¹⁰⁴⁶ Comme le Groupe spécial l'a expliqué, il "apparaît que [l]es dispositions [relatives aux déterminations] sont conçues pour permettre aux États-Unis d'imposer des conditions aux pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP quand les conditions dans ces autres pêcheries se rapprochent de celles qui existent dans la pêcherie des grands navires de l'ETP".¹⁰⁴⁷ Nous rappelons que, d'après notre examen de la mesure en cause, il existe des différences entre les prescriptions documentaires existant à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP en ce qui concerne la séparation.¹⁰⁴⁸ Nous rappelons aussi que le Groupe spécial a constaté que les différences dans les prescriptions concernant le repérage et la vérification étaient telles qu'il y avait des différences dans la portée, l'exactitude, et le degré de surveillance par les pouvoirs publics juridiquement requis par la mesure modifiée concernant le thon en ce qui concerne les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, d'une part, et à partir de thon capturé dans toutes les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, d'autre part.¹⁰⁴⁹ Dans ces circonstances, on s'attendrait à

¹⁰⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261. Selon le Groupe spécial, "plus il y a de dauphins à proximité, plus la probabilité qu'un ou plusieurs dauphins soient tués ou gravement blessés est forte". (*Ibid.*)

¹⁰⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261.

¹⁰⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.262.

¹⁰⁴⁶ Nous notons que les dispositions relatives aux déterminations peuvent aussi viser à prendre en compte des situations où les risques pour les dauphins sont d'une ampleur comparable à ceux qui sont associés à l'autre méthode de pêche qui est exclue de l'accès au label *Dolphin Safe*, à savoir la pêche au moyen de grands filets dérivants en haute mer.

¹⁰⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.263. Le membre du Groupe spécial ayant rédigé une opinion séparée a aussi cité les dispositions relatives aux déterminations comme exemple de cas où la mesure modifiée concernant le thon "permett[ait] aux États-Unis d'imposer les mêmes prescriptions dans les pêcheries où le même niveau de risque exist[ait]". (*Ibid.*, paragraphe 7.280)

¹⁰⁴⁸ Nous avons noté lors de notre examen de la mesure en cause que le régime de séparation du thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP s'appuyait sur des prescriptions documentaires reposant sur des TTF distincts, l'un servant à enregistrer des données sur chaque opération de pêche au thon *Dolphin Safe*, et l'autre servant à enregistrer les mêmes données pour les opérations non-*Dolphin Safe*. Tout le thon capturé par de grands navires battant pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP doit être accompagné de ces TTF et les importateurs de thon et de produits du thon contenant du thon capturé par de grands navires ne battant pas pavillon des États-Unis équipés de sennes coulissantes dans l'ETP doivent indiquer les numéros de TTF lorsqu'ils présentent les documents requis pour l'importation. De plus, les TTF ou les numéros de TTF accompagnent le thon en question depuis le moment de la capture tout au long du processus de pêche et de production. Nous avons noté par ailleurs que, dans toutes les pêcheries à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, il était obligatoire de séparer les thons *Dolphin Safe* des thons non-*Dolphin Safe* depuis le moment de la capture jusqu'au bout de la chaîne de transformation.

¹⁰⁴⁹ Le Groupe spécial a constaté, par exemple, que, pour les produits du thon obtenus à partir de thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, il était possible de remonter jusqu'à l'opération particulière lors de laquelle le thon avait été capturé et à la cuve dans laquelle il

ce que toute détermination à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP entraîne non seulement des prescriptions concernant la certification plus élevées, mais aussi des prescriptions concernant le repérage et la vérification qui fonctionnent avec la certification et la renforcent pour remédier au risque plus élevé.

7.359. En conclusion, en l'absence d'une évaluation appropriée par le Groupe spécial des risques respectifs pour les dauphins à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, nous ne sommes pas en mesure de compléter l'analyse juridique et d'évaluer pleinement si toutes les distinctions réglementaires établies au titre de la mesure modifiée concernant le thon peuvent être expliquées et justifiées compte tenu des différences dans les risques relatifs associés à différentes méthodes de pêche au thon dans différentes zones océaniques. Néanmoins, nous avons été en mesure d'examiner si les conditions d'étiquetage appliquées au titre de la mesure modifiée concernant le thon constituaient ou non une discrimination arbitraire ou injustifiable dans certains scénarios qui présenteraient des risques d'une ampleur comparable pour les dauphins à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Nous constatons, à cet égard, que des aspects de la conception de la mesure modifiée concernant le thon sont difficilement conciliables avec l'objectif consistant à protéger les dauphins contre les dommages. En particulier, nous estimons que les dispositions relatives aux déterminations ne prévoient pas que les conditions de fond régissant l'accès au label *Dolphin Safe* soient renforcées par une certification par l'observateur dans toutes les circonstances où les risques sont d'ampleur comparable, et que cela peut aussi entraîner des prescriptions concernant le repérage et la vérification différentes de celles qui s'appliquent à l'intérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Par conséquent, les États-Unis n'ont pas démontré que ces aspects de la mesure modifiée concernant le thon ne constituaient pas une discrimination arbitraire ou injustifiable au sens du texte introductif de l'article XX. Pour toutes ces raisons, il n'a pas été établi que la mesure modifiée concernant le thon était justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994.

7.360. Par conséquent, en plus de constater que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1, et avec l'article III:4, du GATT de 1994, nous constatons qu'il n'a pas été démontré que la mesure modifiée concernant le thon était appliquée de façon à ne pas constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable; et, donc, que la mesure modifiée concernant le thon n'est pas justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994.

8 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS

8.1. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

- a. s'agissant de l'article 2.1 de l'Accord OTC:
 - i. constate que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 2.1 dans son analyse de la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis;
 - ii. constate que les États-Unis n'ont pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur dans son énonciation du critère juridique pertinent aux fins de l'évaluation de la question de savoir si l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime;
 - iii. constate que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel avait réglé la question de savoir si les critères d'admissibilité étaient impartiaux;

avait été entreposé, mais pour les produits du thon contenant du thon capturé dans d'autres pêcheries, il pouvait être remonté seulement jusqu'au navire qui avait capturé le thon et à l'expédition au cours de laquelle il avait été capturé. Le Groupe spécial a aussi relevé l'absence de mécanisme, en ce qui concerne le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, permettant de s'assurer qu'une certification particulière correspondait et restait associée à un lot spécifique de thons tout au long du processus de production. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.354 à 7.368)

- iv. constate que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 2.1 dans son analyse de la question de savoir si l'effet préjudiciable des prescriptions concernant la certification et des prescriptions concernant le repérage et la vérification sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime;
 - v. constate que les États-Unis n'ont pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur dans son évaluation de la question de savoir si les dispositions relatives aux déterminations étaient impartiales;
 - vi. constate que ni le Mexique ni les États-Unis n'ont établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec son devoir de procéder à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord dans ses analyses de la compatibilité des critères d'admissibilité et des prescriptions concernant la certification avec l'article 2.1 de l'Accord OTC;
 - vii. infirme la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.2.a de son rapport, selon laquelle les critères d'admissibilité n'accordent pas aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, et sont donc compatibles avec l'article 2.1, ainsi que les constatations distinctes formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.2.b et 8.2.c de son rapport, selon lesquelles les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification accordent les uns et les autres aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires des États-Unis et aux produits similaires originaires de tout autre pays, en violation de l'article 2.1; et
 - viii. complète l'analyse juridique et constate: que la mesure modifiée concernant le thon modifie les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis; que cet effet préjudiciable ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime; et, par conséquent, que la mesure modifiée concernant le thon accorde aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable par rapport aux produits du thon similaires des États-Unis et des autres pays et est donc incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC;
- b. s'agissant des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994:
- i. constate que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application des articles I:1 et III:4 dans ses analyses de la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon accorde aux produits du thon en provenance des autres pays un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" qui n'est pas, "immédiatement et sans condition, étendu[]" aux produits similaires en provenance du Mexique, d'une manière incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994, et de la question de savoir si cette mesure soumet les produits du thon mexicains à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires, d'une manière incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994; et
 - ii. infirme les constatations distinctes formulées par le Groupe spécial au paragraphe 8.3 de son rapport, selon lesquelles les critères d'admissibilité, les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification sont les uns et les autres incompatibles avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994;
- c. s'agissant du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994:
- i. constate que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application du texte introductif de l'article XX dans ses analyses de la question de savoir si les critères d'admissibilité, les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification étaient les uns et les autres appliqués de

façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existaient; et

- ii. infirme la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.5.a de son rapport, selon laquelle les critères d'admissibilité sont appliqués d'une manière qui satisfait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX, ainsi que les constatations distinctes formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.5.b et 8.5.c de son rapport, selon lesquelles les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification sont les unes et les autres appliquées d'une manière qui ne satisfait pas aux prescriptions du texte introductif de l'article XX; et
- d. en complétant l'analyse au titre du GATT de 1994:
- i. constate que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1, et avec l'article III:4, du GATT de 1994; et
 - ii. constate qu'il n'a pas été démontré que la mesure modifiée concernant le thon était appliquée de façon à ne pas constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable et, donc, que la mesure modifiée concernant le thon n'est pas justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994.

8.2. L'Organe d'appel conclut que les États-Unis n'ont pas rendu leur régime d'étiquetage des produits du thon *Dolphin Safe* conforme aux recommandations et décisions de l'ORD. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande aux États-Unis de rendre leur mesure, dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial, modifié par le présent rapport, qu'elle était incompatible avec l'Accord OTC et le GATT de 1994, conforme à leurs obligations au titre de ces accords.

Texte original fait à Genève le 2 novembre 2015 par:

Shree Baboo Chekitan Servansing
Président

Ujal Singh Bhatia
Membre

Yuejiao Zhang
Membre
