



**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

RAPPORT DU GROUPE SPÉCIAL

TABLE DES MATIÈRES

1	INTRODUCTION	9
1.1	Généralités	9
1.2	Demande de droits de tierce partie renforcés	9
1.3	Contexte du différend	10
2	CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES.....	11
3	APERÇU DE LA MESURE EN CAUSE	12
3.1	Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins et son règlement d'application initial	12
3.2	Règlement final de 2013	19
4	ARGUMENTS DES PARTIES	23
5	ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES.....	23
6	RAPPORT INTÉRIMAIRE.....	23
6.1	Questions d'ordre général	23
6.2	Questions spécifiques	24
6.2.1	Éléments de preuve concernant les dommages observables et non observables causés par différentes méthodes de pêche.....	24
6.2.2	Description de la constatation de l'Organe d'appel concernant les dommages observés et non observés causés par l'encerclement des dauphins par rapport à d'autres méthodes de pêche au thon	24
6.2.3	Évolution de l'argument du Mexique relatif aux prescriptions différentes concernant les observateurs au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC	24
6.2.4	Éléments de preuve concernant les journaux de bord	25
6.2.5	Systèmes de repérage et de vérification	25
6.2.6	Description par le Groupe spécial de l'argument du Mexique concernant le traitement moins favorable.....	26
6.2.7	Encerclement des dauphins réglementé et non réglementé	27
7	CONSTATATIONS	28
7.1	Allégations.....	28
7.2	Ordre d'analyse	28
7.3	Paramètres du mandat du Groupe spécial: mesure en cause et champ de la présente procédure au titre de l'article 21:5.....	29
7.4	Charge et critère de la preuve applicables dans la présente procédure	38
7.4.1	Charge de la preuve	38
7.4.2	Critère de la preuve	42
7.5	Article 2.1 de l'Accord OTC	43
7.5.1	Critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC	44
7.5.2	Application de l'article 2.1 de l'Accord OTC.....	51
7.5.2.1	Allégation du Mexique.....	51
7.5.2.2	Critères d'admissibilité.....	54

7.5.2.3	Allégations restantes du Mexique concernant le traitement moins favorable: les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification.....	63
7.5.2.4	Prescriptions différentes concernant la certification	65
7.5.2.5	Prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification	96
7.6	Allégations au titre du GATT de 1994	120
7.6.1	Article I:1 du GATT de 1994	120
7.6.1.1	Critère juridique	120
7.6.1.2	Application.....	123
7.6.2	Article III:4 du GATT de 1994.....	133
7.6.2.1	Critère juridique	133
7.6.2.2	Application.....	135
7.7	Moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX du GATT de 1994.....	138
7.7.1	Article XX g).....	139
7.7.1.1	Critère juridique au titre de l'article XX g).....	139
7.7.1.2	Application.....	140
7.7.2	Article XX b).....	146
7.7.3	Texte introductif de l'article XX	146
7.7.3.1	Critère juridique au titre du texte introductif de l'article XX	146
7.7.3.2	Relation entre le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 et l'article 2.1 de l'Accord OTC	148
7.7.3.3	Application.....	149
8	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.....	161

LISTE DES ANNEXES**ANNEXE A****PROCÉDURES DE TRAVAIL DU GROUPE SPÉCIAL**

Table des matières		Page
Annexe A	Procédures de travail du Groupe spécial	A-1

ANNEXE B**ARGUMENTS DES PARTIES***MEXIQUE*

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la première communication écrite du Mexique	B-2
Annexe B-2	Résumé analytique de la deuxième communication écrite du Mexique	B-16
Annexe B-3	Résumé analytique de la déclaration orale liminaire du Mexique à la réunion du Groupe spécial	B-25

ÉTATS-UNIS

Table des matières		Page
Annexe B-4	Résumé analytique de la première communication écrite des États-Unis	B-31
Annexe B-5	Résumé analytique de la deuxième communication écrite des États-Unis	B-41
Annexe B-6	Résumé analytique de la déclaration orale liminaire des États-Unis à la réunion du Groupe spécial	B-51

ANNEXE C**ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES**

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication de l'Australie en tant que tierce partie	C-2
Annexe C-2	Résumé analytique de la déclaration orale de l'Australie à la réunion du Groupe spécial et réponses aux questions du Groupe spécial	C-6
Annexe C-3	Résumé analytique de la communication du Canada en tant que tierce partie	C-9
Annexe C-4	Résumé analytique de la déclaration orale du Canada à la réunion du Groupe spécial	C-12
Annexe C-5	Résumé analytique intégré des arguments de l'Union européenne	C-14
Annexe C-6	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que tierce partie	C-20
Annexe C-7	Résumé analytique de la déclaration orale de la République de Corée à la réunion du Groupe spécial	C-25
Annexe C-8	Résumé analytique intégré des arguments de la Nouvelle-Zélande	C-27
Annexe C-9	Résumé analytique de la communication de la Norvège en tant que tierce partie	C-31
Annexe C-10	Résumé analytique de la déclaration orale de la Norvège à la réunion du Groupe spécial	C-34

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Argentine – Chaussures, textiles et vêtements</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles</i> , WT/DS56/AB/R et Corr.1, adopté le 22 avril 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 (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 – Automobiles</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000
<i>Canada – Automobiles</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS139/R, WT/DS142/R, adopté le 19 juin 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R
<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i> , WT/DS276/AB/R, adopté le 27 septembre 2004
<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 (Équateur)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, plainte déposée par l'Équateur</i> , WT/DS27/R/ECU, adopté le 25 septembre 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R
<i>CE – Bananes III (États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, plainte déposée par les États-Unis</i> , WT/DS27/R/USA, adopté le 25 septembre 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R
<i>CE – Bananes III (Guatemala et Honduras)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, plainte déposée par le Guatemala et le Honduras</i> , WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, adopté le 25 septembre 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R
<i>CE – Bananes III (Mexique)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, plainte déposée par le Mexique</i> , WT/DS27/R/MEX, adopté le 25 septembre 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/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 du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement</i> , WT/DS246/R, adopté le 20 avril 2004, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS246/AB/R
<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 – Subventions à l'exportation de sucre</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre</i> , WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adopté le 19 mai 2005
<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

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Chine – Matières premières</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières</i> , WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012
<i>Chine – Terres rares</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène</i> , WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptés le 29 août 2014
<i>Chine – Terres rares</i>	Rapports du Groupe spécial <i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène</i> , WT/DS431/R / WT/DS432/R / WT/DS433/R / et Add.1, adoptés le 29 août 2014, confirmés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R
<i>Colombie – Bureaux d'entrée</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée</i> , WT/DS366/R et Corr.1, adopté le 20 mai 2009
<i>Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001
<i>États-Unis – Acier laminé à chaud</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon</i> , WT/DS184/R, adopté le 23 août 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS184/AB/R
<i>États-Unis – Bois de construction résineux IV</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i> , WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004
<i>États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>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</i> , WT/DS257/AB/RW, adopté le 20 décembre 2005
<i>États-Unis – Chemises et blouses de laine</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1
<i>États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle</i> , WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012
<i>États-Unis – Coton upland</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> , WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005
<i>États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS267/AB/RW, adopté le 20 juin 2008
<i>États-Unis – Crevettes</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes</i> , WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
<i>États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>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</i> , WT/DS58/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001
<i>États-Unis – EPO</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)</i> , WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptés le 23 juillet 2012
<i>États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)</i>	Rapports du Groupe spécial <i>États-Unis – 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 / WT/DS386/RW et Add.1, distribués aux Membres de l'OMC le 20 octobre 2014 [appel en cours]
<i>États-Unis – Essence</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules</i> , WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996
<i>États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – 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

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Jeux</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, et Corr.1
<i>États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS212/R, adopté le 8 janvier 2003, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS212/AB/R
<i>États-Unis – Réduction à zéro (CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro")</i> , WT/DS294/AB/R, adopté le 9 mai 2006, et Corr.1
<i>États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – 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
<i>États-Unis – Thon II (Mexique)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – 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
<i>États-Unis – Thon II (Mexique)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – 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
<i>Inde – Brevets (États-Unis)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture</i> , WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998
<i>Indonésie – Automobiles</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adopté le 23 juillet 1998
<i>Japon – Boissons alcooliques II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1 ^{er} novembre 1996
<i>Philippines – Spiritueux distillés</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Philippines – Taxes sur les spiritueux distillés</i> , WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, adoptés le 20 janvier 2012
<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

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
CICTA	Commission internationale pour la conservation des thonidés de l'Atlantique
CITT	Commission interaméricaine du thon des tropiques
Convention de Vienne	Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331; 8 International Legal Materials 679
DPCIA	Loi de 1990 visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins
ETP	Eaux tropicales du Pacifique Est
GATT de 1994	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994
IDCP	Programme international pour la conservation des dauphins
CTOI	Commission des thons de l'océan Indien
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
MMPA	Loi sur la protection des mammifères marins
NMFS	Service national des pêcheries maritimes
NOAA	National Oceanic Atmospheric Administration (Administration nationale chargée de l'étude des océans et de l'atmosphère)
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
ORGP	Organisations régionales de gestion de la pêche
TTF	Formulaire de repérage du thon
TTVP	Programme de repérage et de vérification du thon
USC	United States Code

1 INTRODUCTION

1.1 Généralités

1.1. Le 14 novembre 2013, le Mexique a demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 21:5 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (Mémoire d'accord) concernant le manquement allégué des États-Unis à l'obligation de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'Organe de règlement des différends (ORD) dans le différend *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*.¹ À sa réunion du 22 janvier 2014, l'ORD a soumis, si possible, le présent différend au Groupe spécial initial conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, afin qu'il examine la question portée devant l'ORD par le Mexique dans le document WT/DS381/20.²

1.2. Le mandat du Groupe spécial est le suivant:

Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les parties au différend dans le document WT/DS381/20, la question portée devant l'ORD par le Mexique dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords.

1.3. Le Groupe spécial a été constitué le 27 janvier 2014; sa composition est la suivante:

Président: M. Mario Matus

Membres: Mme Elizabeth Chelliah
M. Franz Perrez

1.4. L'Australie, le Canada, la Chine, le Guatemala, le Japon, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, la République de Corée, la Thaïlande et l'Union européenne ont réservé leurs droits de tierces parties.

1.5. Le Groupe spécial s'est réuni avec les parties du 19 au 21 août 2014. Une séance avec les tierces parties a eu lieu le 20 août 2014.

1.6. Le 27 octobre 2014, le Groupe spécial a remis la partie descriptive de son rapport aux parties. Les parties ont présenté des observations sur la partie descriptive du rapport du Groupe spécial le 10 novembre 2014. Le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties le 28 novembre 2014. Le 12 décembre 2014, les parties ont chacune demandé le réexamen de certains aspects du rapport intérimaire; le 19 décembre 2014, chaque partie a formulé des observations sur la demande de réexamen de l'autre partie. Le Groupe spécial a remis son rapport final aux parties le 30 janvier 2015.

1.2 Demande de droits de tierce partie renforcés

1.7. Le 5 août 2014, dans sa communication en tant que tierce partie³, l'Union européenne a demandé, pour elle-même et les autres tierces parties à la présente procédure, les droits suivants:

[Ê]tre présentes tout au long de l'audition; formuler, à l'invitation du Groupe spécial, des observations sur les questions qui se poseront lors de l'audition; recevoir des copies de toutes questions posées aux parties, de leurs réponses et de leurs commentaires; et être présentes à toute réunion ultérieure du Groupe spécial de la mise en conformité avec les parties. L'Union européenne a réitéré sa demande dans sa déclaration orale lors de la séance avec les tierces parties dans le cadre de la réunion de fond du Groupe spécial avec les parties.⁴

¹ WT/DS381/20.

² WT/DSB/M/341.

³ Communication de l'Union européenne en tant que tierce partie, paragraphes 3 à 9.

⁴ Déclaration orale de l'Union européenne, paragraphe 1.

1.8. Après avoir examiné la demande de l'Union européenne et consulté les parties, qui ont toutes les deux fait objection à la demande, le Groupe spécial a informé verbalement l'Union européenne, lors de la séance avec les tierces parties, qu'il avait décidé de rejeter sa demande. Il a conclu que, les parties n'ayant pas accédé à cette demande, il n'avait pas besoin de s'écarter des droits de tierce partie, établis aux paragraphes 2 et 3 de l'article 10 et au paragraphe 6 de l'Appendice 3 du Mémoire d'accord, et de la pratique des groupes spéciaux concernant les droits de tierce partie.

1.3 Contexte du différend

1.9. Le présent différend porte sur la mise en œuvre par les États-Unis des recommandations et décisions de l'ORD dans l'affaire *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*.

1.10. Le 13 juin 2012, l'ORD a adopté le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon* (WT/DS381/AB/R) et le rapport du Groupe spécial (WT/DS381/R), modifié par le rapport de l'Organe d'appel.⁵

1.11. L'ORD a statué, entre autres choses, que les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et il a recommandé que les États-Unis rendent leur mesure conforme à leurs obligations au titre de cet accord.⁶ Les dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* comprenaient l'article 1385 du Titre 16 du U.S. Code (la "Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins"), l'article 216.91 et l'article 216.92 du Titre 50 du *Code of Federal Regulations* des États-Unis (le règlement d'application) et la décision rendue par une cour d'appel fédérale des États-Unis dans l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007) (la "décision Hogarth").⁷

1.12. 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.⁸ 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, date d'adoption des recommandations et décisions de l'ORD. Le délai raisonnable est arrivé à expiration le 13 juillet 2013.⁹

1.13. 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" que les États-Unis appellent le "règlement final de 2013". D'après eux, 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. En outre, les États-Unis désignent les trois mesures – la loi, le règlement d'application (modifié par le règlement final de 2013) et la décision Hogarth, prises collectivement – sous le nom de "mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*" ou "mesure modifiée".¹⁰

1.14. Le Mexique estime que les États-Unis n'ont pas rendu leurs dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* conformes aux recommandations et décisions de l'ORD. Il fait valoir en outre que la mesure modifiée concernant le thon n'est pas compatible avec les obligations des États-Unis au titre des accords visés.¹¹

1.15. Le 2 août 2013, le Mexique et les États-Unis ont porté à la connaissance de l'ORD les Procédures convenues au titre des articles 21 et 22 du Mémoire d'accord. En vertu du

⁵ Compte rendu de la réunion de l'ORD tenue le 13 juin 2012, WT/DSB/M/317, paragraphe 37.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 407 b) et 408.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 172.

⁸ 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.

⁹ Accord au titre de l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS381/17.

¹⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 10.

¹¹ Demande d'établissement d'un groupe spécial du Mexique, WT/DS381/20, page 2.

paragraphe 2 desdites procédures, le Mexique n'était pas tenu de mener des consultations avec les États-Unis avant de demander l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5.¹²

2 CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

2.1. Le Mexique considère que, dans le présent différend, la "mesure prise pour se conformer aux recommandations et décisions" de l'ORD, qu'il désigne collectivement sous le nom de "mesure modifiée concernant le thon", est constituée¹³:

- a. de l'article 1385 ("Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins"), tel qu'il figure au sous-chapitre II ("Conservation et protection des mammifères marins") du chapitre 31 ("Protection des mammifères marins") du Titre 16 du U.S. Code;
- b. du *Code of Federal Regulations* des États-Unis, Titre 50, Partie 216, sous-partie H ("Étiquetage *Dolphin Safe* du thon"), modifiée par le règlement final de 2013;
- c. de la décision judiciaire dans l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007); et
- d. de toutes indications concernant la mise en œuvre, directives, annonces ou tout autre document diffusé au sujet des instruments mentionnés aux points a. à c. ci-dessus, y compris toutes modifications ou tous changements se rapportant à ces instruments.

2.2. Le Mexique a formulé un certain nombre d'allégations dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial et demande au Groupe spécial de constater ce qui suit¹⁴:

- a. la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC parce qu'elle continue d'accorder aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits du thon similaires des États-Unis et aux produits du thon similaires originaires de tout autre pays;
- b. la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 parce qu'elle continue de conférer aux produits du thon originaires de tout autre pays un avantage qui n'est pas étendu immédiatement et sans condition aux produits du thon similaires originaires du Mexique;
- c. la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elle continue d'accorder aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits du thon similaires originaires des États-Unis en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur;
- d. la mesure modifiée concernant le thon annule ou compromet des avantages qui résultent pour le Mexique du GATT de 1994, au sens de l'article XXIII:1 b) du GATT.

2.3. Le Mexique demande au Groupe spécial de constater que les États-Unis ne se sont pas conformés aux recommandations et décisions adoptées par l'ORD au motif que la mesure modifiée concernant le thon reste incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.¹⁵

2.4. Les États-Unis demandent que le Groupe spécial rejette les allégations du Mexique dans leur intégralité.

¹² WT/DS381/19.

¹³ Voir le document WT/DS381/20 et la première communication écrite du Mexique, paragraphe 11.

¹⁴ Voir le document WT/DS381/20.

¹⁵ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 331.

3 APERÇU DE LA MESURE EN CAUSE

3.1. Dans le cadre de la procédure initiale, Le Mexique a contesté trois mesures: 1) la Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins (DPCIA); 2) le règlement d'application de la loi; et 3) la décision rendue par la Cour d'appel du neuvième circuit dans l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth* (décision *Hogarth*).¹⁶ Le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont constaté que ces mesures prévoyaient les conditions auxquelles des produits du thon pouvaient recevoir le label "*Dolphin Safe*", et ont fait référence à ces mesures, prises collectivement, comme étant la "mesure en cause" ou "les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*".¹⁷

3.2. Pris conjointement, la DPCIA, le règlement d'application et la décision *Hogarth* énoncent les prescriptions régissant les cas dans lesquels les produits du thon vendus aux États-Unis peuvent être étiquetés *Dolphin Safe*. Plus spécifiquement, ils subordonnent l'admissibilité au bénéfice d'un label *Dolphin Safe* à certains éléments de preuve documentaires qui varient selon la zone dans laquelle le thon contenu dans le produit du thon a été capturé et le type de navire et la méthode de pêche utilisés pour la capture. En particulier, le thon capturé par "encerclement" des dauphins n'est actuellement pas admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* aux États-Unis, que cette méthode de pêche soit utilisée à l'intérieur ou à l'extérieur des eaux tropicales du Pacifique Est ("ETP"). La DPCIA et le règlement d'application prohibent aussi toute référence aux dauphins, marsouins ou mammifères marins sur l'étiquette d'un produit du thon si le thon contenu dans le produit ne remplit pas les conditions d'étiquetage énoncées dans la DPCIA. Toutefois, ils ne rendent pas l'utilisation du label *Dolphin Safe* obligatoire pour l'importation ou la vente de produits du thon aux États-Unis.¹⁸

3.3. Les dispositions pertinentes de la mesure initiale sont décrites ci-dessous.¹⁹ Le règlement final de 2013, dont les États-Unis allèguent qu'il constitue la mesure prise pour se conformer, est également décrit dans les paragraphes ci-après.

3.1 Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins et son règlement d'application initial

3.4. La DPCIA est codifiée dans l'article 1385 du Titre 16 du *United States Code* (USC). Le règlement promulgué conformément à la DPCIA est codifié dans l'article 216 du Titre 50 du *Code of Federal Regulations*. L'essentiel du dispositif d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis est énoncé à l'article 1385 d) 1) à 3) de la DPCIA. Le paragraphe d) de l'article 1385 des dispositions de la DPCIA régit l'utilisation de l'expression *Dolphin Safe* lorsqu'elle figure sur des produits du thon.²⁰

Méthode de pêche

3.5. Selon la DPCIA, le thon capturé en haute mer au moyen de grands filets dérivants et les produits du thon contenant du thon pêché n'importe où dans le monde par encerclement des dauphins ne sont pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*.²¹

Certification par le capitaine et l'observateur

3.6. Le paragraphe h) 1) de la DPCIA dispose ce qui suit:

h) Certification par le capitaine et l'observateur

1) Sauf indication contraire figurant au sous-paragraphe 2), la certification fournie par le capitaine conformément au paragraphe d) 2) B) i) du présent article et la

¹⁶ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.1; rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 172.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 172 (citant le rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 7.24).

¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 172.

¹⁹ La description des aspects inchangés de la mesure est reprise du rapport du Groupe spécial établi dans le cadre de la procédure initiale.

²⁰ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.3.

²¹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.3.

certification fournie par l'observateur, telle qu'elle est décrite au paragraphe d) 2) B) ii) du présent article, doivent attester qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé.

2) La certification fournie par le capitaine conformément au paragraphe d) 2) B) i) du présent article et la certification fournie par l'observateur, telle qu'elle est décrite au paragraphe d) 2) B) ii) du présent article, doivent attester qu'aucun thon n'a été capturé lors de l'expédition au moyen d'une senne coulissante délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler, et qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations de pêche au cours desquelles le thon a été capturé, si le thon a été capturé lors d'une expédition commençant —

A) avant la date de prise d'effet de la constatation initiale faite par le Secrétaire conformément au paragraphe g) 1) du présent article;

B) après la date de prise d'effet de cette constatation initiale et avant la date de prise d'effet de la constatation du Secrétaire au titre du paragraphe g) 2) du présent article, lorsque la constatation initiale est que le déploiement délibéré de sennes sur les dauphins ou leur encerclement délibéré a une incidence défavorable notable sur un quelconque stock de dauphins en déclin; ou

C) après la date de prise d'effet de la constatation au titre du paragraphe g) 2) du présent article, lorsque cette constatation est que le déploiement délibéré de sennes sur les dauphins ou leur encerclement délibéré a une incidence défavorable notable sur ce stock de dauphins en déclin.²²

3.7. Les dispositions de la DPCIA mentionnent *quatre* critères permettant d'établir *cinq* grandes catégories de circonstances dans lesquelles le thon peut être capturé. Ces critères sont: le lieu (à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP); les engins de pêche (avec ou sans l'utilisation de sennes coulissantes); le type de relations entre les bancs de thons et les bancs de dauphins (*il y a* ou *il n'y a pas* d'association régulière ou importante entre les bancs de thons et les bancs de dauphins) et le niveau de mortalité ou de blessures des dauphins (*il y a* ou *il n'y a pas* de mortalité ou de blessures graves régulières et importantes). Les cinq catégories qui découlent de l'application combinée de ces critères sont décrites dans les sous-paragraphe A) à D) de l'article 1385 d) 1) de la DPCIA.²³

3.8. Ces sous-paragraphe font référence au thon capturé:

A) en haute mer par un navire qui pratique la pêche aux filets dérivants;

B) à l'extérieur de l'ETP par un navire utilisant des sennes coulissantes:

i) dans une pêcherie où le Secrétaire au commerce des États-Unis a déterminé qu'il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins semblable à celle qui existe dans l'ETP;

ii) dans toute autre pêcherie (autre qu'une pêcherie décrite au sous-paragraphe D));

C) dans l'ETP par un navire utilisant des sennes coulissantes; et

D) dans une pêcherie autre que celles décrites dans les catégories susmentionnées qui est désignée par le Secrétaire au commerce des États-Unis comme étant une zone où il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins.²⁴

²² Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.4.

²³ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.7.

²⁴ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.8.

3.9. Les produits du thon contenant du thon capturé dans les conditions décrites au sous-paragraphe A) de l'article 1385 d) 1), à savoir le thon capturé en haute mer au moyen de filets dérivants, ne peuvent en aucun cas être étiquetés *Dolphin Safe* ni arborer d'affirmations analogues. L'article 1385 d) 1) 2) et h) de la DPCIA énonce des conditions précises pour l'utilisation de l'expression *Dolphin Safe* ou de toute affirmation analogue sur les produits du thon relevant de chacune des catégories décrites dans les sous-paragraphe B) à D) de l'article 1385 d) 1). Les éléments de preuve documentaires exigés en vertu de la DPCIA pour les catégories B) à D) sont décrits ci-après.²⁵

3.10. En ce qui concerne les produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP par un navire utilisant des sennes coulissantes dans une pêcherie où le Secrétaire au commerce des États-Unis a déterminé qu'il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins (sous-paragraphe B) i)), l'utilisation de l'expression *Dolphin Safe* ou de tout terme analogue est subordonnée à l'établissement d'une déclaration écrite par le capitaine du navire et par un observateur participant à un programme national ou international acceptable pour le Secrétaire au commerce, certifiant qu'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 et qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé.²⁶

3.11. Pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP par un navire utilisant des sennes coulissantes dans toute pêcherie autre qu'une pêcherie décrite au sous-paragraphe D) de l'article 1385 d) 1) des dispositions de la DPCIA (sous-paragraphe B) ii)), une déclaration écrite faite par le capitaine du navire, certifiant qu'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 pêché, est requise.²⁷

3.12. Pour le thon pêché *dans l'ETP* par un grand navire équipé de sennes coulissantes²⁸ (sous-paragraphe C)), les conditions sont les suivantes:

- une déclaration écrite faite par le *capitaine* certifiant qu'*aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé* lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé; et, à moins que le Secrétaire au commerce ait déterminé auparavant que la technique de pêche consistant à encercler les dauphins n'a pas d'incidence défavorable notable sur un quelconque stock de dauphins en déclin dans l'ETP, cette déclaration doit aussi certifier qu'*aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler*;
- une déclaration écrite faite par le Secrétaire au commerce ou la personne qu'il a désignée, ou un représentant de la Commission interaméricaine du thon des tropiques ("CITT"), ou un représentant autorisé d'un pays participant dont le programme national respecte les exigences de l'IDCP, indiquant qu'un observateur agréé par l'IDCP se trouvait à bord du navire durant toute l'expédition et que cet observateur a fourni les mêmes certifications que le capitaine du navire;
- l'approbation écrite de chaque exportateur, importateur et transformateur du thon; et
- les déclarations et approbations écrites susmentionnées respectent les règlements promulgués par le Secrétaire qui prévoient la vérification du caractère *Dolphin Safe* des produits du thon.

Les petits navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP ne sont pas soumis à ces prescriptions. Par conséquent, si on tient compte uniquement de la DPCIA et non des autres

²⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 2.9.

²⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 2.10.

²⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 2.11.

²⁸ Conformément à l'AIDCP, à la législation des États-Unis et aux rapports établis dans le cadre de la procédure initiale, le Groupe spécial emploie 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.

éléments de la mesure des États-Unis, le thon capturé dans l'ETP par ce type de navire peut être étiqueté *Dolphin Safe* sans qu'il soit nécessaire de présenter le moindre élément de preuve documentaire.²⁹

3.13. Pour le thon capturé dans une pêcherie *autre* que celles qui sont décrites à l'article 1385 d) 1) A) à C) (c'est-à-dire, le thon capturé sans sennes coulissantes ni grands filets dérivants en haute mer) qui est désignée par le Secrétaire au commerce des États-Unis comme étant une zone où il y a une *mortalité ou des blessures graves régulières et importantes* des dauphins (sous-paragraphe D)), l'utilisation de l'expression *Dolphin Safe* ou de tout terme analogue est assujettie à l'établissement d'une déclaration écrite par le *capitaine* du navire et un *observateur* participant à un programme national ou international acceptable pour le Secrétaire au commerce, 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, à condition que le Secrétaire au commerce détermine que cette déclaration d'un observateur est nécessaire.³⁰

3.14. Pour le thon capturé sans sennes coulissantes dans des pêcheries où il n'a *pas* été constaté qu'il y avait une *mortalité ou des blessures graves régulières et importantes* des dauphins, les dispositions de la DPCIA n'exigent aucune déclaration ou certification écrite.

3.15. Comme il est décrit plus haut, le paragraphe h) 1) des dispositions de la DPCIA établit que, sauf si le paragraphe 2) en dispose autrement, le thon pêché dans l'ETP par un navire utilisant des sennes coulissantes peut être étiqueté *Dolphin Safe* si le capitaine du navire et un observateur agréé certifient qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé.³¹

3.16. Cependant, le paragraphe h) 2) établit que le thon pêché dans l'ETP par un grand navire utilisant des sennes coulissantes peut être étiqueté *Dolphin Safe* si le capitaine du navire et un observateur agréé certifient que i) 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, et ii) aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé. Le paragraphe h) 2) des dispositions de la DPCIA subordonne l'applicabilité du paragraphe h) 1) à l'existence d'une constatation du Secrétaire au commerce des États-Unis selon laquelle le déploiement délibéré de sennes coulissantes sur les dauphins ou leur encerclement délibéré au moyen de sennes coulissantes n'a *pas* d'incidence défavorable notable sur un quelconque stock de dauphins en déclin dans l'ETP. Le paragraphe g) exige que le Secrétaire au commerce s'acquitte de cette tâche en deux étapes, donnant lieu à une constatation initiale et à une constatation finale sur l'incidence de l'encerclement des dauphins dans l'ETP.³²

3.17. En cas de constatation négative, une certification selon laquelle "aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé" suffit pour rendre les produits du thon admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*. En cas de constatation positive, une certification additionnelle selon laquelle "aucun thon n'a été capturé lors de l'expédition au moyen d'une senne coulissante délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler" est exigée.³³

3.18. Le Secrétaire au commerce des États-Unis a fait une constatation finale selon laquelle "le déploiement délibéré de sennes coulissantes sur les dauphins ou leur encerclement délibéré au moyen de sennes coulissantes n'[avait] pas d'incidence défavorable notable sur un quelconque stock de dauphins en déclin dans l'ETP".³⁴ Toutefois, cette constatation a été infirmée par des décisions de tribunaux des États-Unis, au motif que le Secrétaire n'avait pas effectué les études prescrites par la loi et que les meilleures preuves scientifiques disponibles n'étayaient pas sa constatation.³⁵

²⁹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.12.

³⁰ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.13.

³¹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.15.

³² Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.16.

³³ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 175.

³⁴ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.18.

³⁵ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.19; voir aussi l'affaire *Earth Island Institute c. Evans*, confirmée par l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth*.

3.19. Ainsi, étant donné que la décision du Secrétaire a été infirmée, de sorte qu'il n'y a pas de constatation selon laquelle le déploiement délibéré de sennes coulissantes sur les dauphins ou leur encerclement délibéré au moyen de sennes coulissantes n'a *pas* d'incidence défavorable notable sur un quelconque stock de dauphins en déclin dans l'ETP, le thon capturé dans l'ETP par un grand navire équipé de sennes coulissantes peut être étiqueté *Dolphin Safe* uniquement si le capitaine certifie qu'*aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé* lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé et qu'*aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler* lors de cette même expédition de pêche. Cette certification doit être accompagnée d'une déclaration écrite du Secrétaire au commerce (ou d'une personne qu'il a désignée), d'un représentant de la Commission interaméricaine du thon des tropiques ou d'un représentant autorisé d'une nation participante dont le programme national satisfait aux prescriptions de l'IDCP, indiquant qu'un observateur agréé par l'IDCP se trouvait à bord du navire durant toute l'expédition et que cet observateur a fourni les mêmes certifications que le capitaine, ainsi que de l'approbation donnée par les exportateurs, les importateurs et les transformateurs qui sont exigées au paragraphe d) 2) B) et C) de l'article 1385 des dispositions de la DPCIA.³⁶

3.20. Comme il est expliqué plus haut, le paragraphe d) 1) B) et D) des dispositions de la DPCIA établit différentes catégories de thon capturé à l'*extérieur* de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Ces catégories sont les suivantes³⁷:

- le thon capturé à l'aide de sennes coulissantes dans une pêcherie où le Secrétaire au commerce des États-Unis a déterminé qu'il y a une *association régulière et importante entre les thons et les dauphins* semblable à celle qui existe dans l'ETP (§ 1385 d) 1) B) i));
- le thon capturé à l'aide de sennes coulissantes dans une pêcherie où le Secrétaire au commerce des États-Unis n'a pas déterminé qu'il y a une *association régulière et importante* entre les thons et les dauphins (§ 1385 d) 1) B) ii)); et
- le thon capturé dans une pêcherie *autre* que celles décrites au paragraphe d) 1) A) à C) qui est désignée par le Secrétaire au commerce des États-Unis comme étant une zone où il y a une *mortalité* ou *des blessures graves régulières et importantes* des dauphins (§ 1385 d) 1) C)).

3.21. Comme nous l'avons également dit plus haut, les dispositions de la DPCIA établissent un ensemble spécifique de conditions qui doivent être remplies par chacune de ces catégories de thon pour que l'expression *Dolphin Safe* puisse être utilisée ou pour que des affirmations semblables puissent être faites. Dans deux de ces cas (à savoir le thon capturé dans une pêcherie où le Secrétaire au commerce des États-Unis a *déterminé* qu'il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins et le thon capturé dans une pêcherie autre que celles décrites au paragraphe d) 1) A) à C) qui est *désignée* par le Secrétaire au commerce des États-Unis comme étant une zone où il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins), l'applicabilité des prescriptions pertinentes est subordonnée à l'existence d'une détermination du Secrétaire au commerce selon laquelle il y a, dans la pêcherie en question, une association régulière et importante entre les thons et les dauphins semblable à celle qui existe dans l'ETP ou une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins.³⁸

3.22. Les États-Unis ont indiqué qu'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. De plus, les États-Unis ont aussi expliqué qu'ils n'avaient pas fait de détermination selon laquelle il y avait une mortalité régulière et importante des dauphins dans telle ou telle zone de pêche au thon sans sennes coulissantes.³⁹

3.23. Par conséquent, bien qu'il soit toujours possible, en vertu des dispositions de la DPCIA, que le Secrétaire au commerce détermine qu'il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins, ou bien une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des

³⁶ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.20.

³⁷ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.21.

³⁸ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.22.

³⁹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.23.

dauphins, dans des pêcheries à l'extérieur de l'ETP, de telles déterminations n'ont pas été faites jusqu'à maintenant. Ainsi, les prescriptions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* pour le thon capturé dans les circonstances décrites au paragraphe d) 1) B) i) et au paragraphe d) 1) D) de l'article 1385 ne sont actuellement appliquées à l'égard d'aucune pêcherie.⁴⁰

3.24. En conséquence, les cas de figure décrits dans le paragraphe d) 1) de l'article 1385 qui sont actuellement applicables sont ceux qui sont décrits dans:

- a. le paragraphe d) 1) A), qui fait référence au thon pêché en haute mer au moyen de filets dérivants;
- b. le paragraphe d) 1) C), qui fait référence au thon capturé dans l'ETP par un grand navire utilisant des sennes coulissantes; et
- c. le paragraphe d) 1) B) ii), qui fait référence au thon capturé par un senneur à l'extérieur de l'ETP dans une pêcherie pour laquelle le Secrétaire au commerce n'a pas déterminé qu'il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins. La certification *Dolphin Safe* exigée pour ce type de thon doit être fournie par le *capitaine* du navire et, conformément au paragraphe d) 1) B) ii), elle doit seulement indiquer qu'*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 pêché.⁴¹

3.25. Comme le paragraphe d) 1) D) de l'article 1385 n'est pas actuellement applicable, les dispositions de la DPCIA n'exigent aucune déclaration ou certification écrite pour le thon capturé sans sennes coulissantes dans une pêcherie quelconque.

Programme de repérage et de vérification du thon (Programme TTVP)

3.26. Le Service national des pêcheries maritimes des États-Unis (NMFS) a établi le Programme de repérage et de vérification du thon (Programme TTVP) pour repérer le thon et s'il est "*Dolphin Safe*" ou "*non-Dolphin Safe*". Les dispositions établissant ce programme se trouvent principalement dans l'article 216.24 et l'article 216.91 à 216.93 du Titre 50 du *Code of Federal Regulations* des États-Unis. Grâce au Programme TTVP, le gouvernement des États-Unis recueille des renseignements auprès des entreprises nationales de transformation du 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 énoncées dans la loi.⁴²

Formulaire 370

3.27. Chaque importation de thon et de produits du thon, qu'il soit prévu d'utiliser le label *Dolphin Safe* ou non, doit être accompagnée aux États-Unis d'un certificat d'origine de la pêcherie (formulaire 370 de l'Administration nationale chargée de l'étude des océans et de l'atmosphère (NOAA)). Une copie de ce formulaire doit être présentée au Bureau des douanes et de la protection des frontières au moment de l'importation et une deuxième au Programme TTVP.⁴³

Formulaire de repérage du thon (TTF)

3.28. En ce qui concerne le thon capturé par des navires des États-Unis, l'article 216.93 établit, pour les grands navires des États-Unis équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP, un "programme de repérage et de vérification", qui est censé être compatible avec l'AIDCP. Le règlement prescrit que l'observateur présent à bord du navire enregistre chaque opération effectuée pendant une expédition de pêche sur un formulaire de repérage du thon (TTF) dont le numéro d'identification est unique. Un TTF est utilisé pour enregistrer les opérations *Dolphin Safe* (c'est-à-dire celles au cours desquelles aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé) et un second TTF pour enregistrer les opérations *non-Dolphin Safe* (c'est-à-dire celles au cours desquelles il y a une mortalité et des blessures graves des dauphins). Les renseignements suivants sont inscrits sur ces TTF pour chaque opération: date, numéro de la cuve, poids des prises par

⁴⁰ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.24.

⁴¹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.25.

⁴² Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.31.

⁴³ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 2.32.

espèce, estimations du nombre de tonnes chargées, et notes additionnelles, le cas échéant. L'observateur 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 l'expédition de pêche pour certifier que les renseignements figurant sur les formulaires sont exacts. L'obligation de fournir des TTF ne s'applique pas aux navires des États-Unis opérant à l'extérieur de l'ETP, ni aux navires des États-Unis opérant à l'intérieur de l'ETP qui ne sont pas de grands navires équipés de sennes coulissantes. Les formulaires TTF doivent être certifiés par les observateurs indépendants dont la présence est exigée sur les grands navires équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP.⁴⁴ Les TTF sont l'un des éléments prévus par l'Accord relatif au programme international pour la conservation des dauphins (AIDCP). Pendant toute expédition de pêche dans l'ETP, les grands navires équipés de sennes coulissantes sont tenus d'enregistrer sur des TTF toutes les poses de sennes coulissantes effectuées et tout cas de dauphins morts ou gravement blessés. Comme l'exige l'AIDCP, l'article 216.93 a) dispose qu'il faut utiliser des TTF distincts pour enregistrer les thons pêchés lors d'opérations *Dolphin Safe* et lors d'opérations non-*Dolphin Safe*. Le paragraphe c) 1) i) dispose qu'une opération est "non-*Dolphin Safe*" si un dauphin meurt ou est gravement blessé pendant celle-ci.⁴⁵

3.29. Pour les produits du thon contenant du thon capturé dans l'ETP par des navires autres que ceux des États-Unis, il existe des règles distinctes. L'article 216.92 b) 1) s'applique aux produits du thon importés fabriqués à partir de thon à nageoires jaunes pêché dans l'ETP, et prescrit que le thon soit capturé par un navire appartenant à une nation qui a obtenu une constatation positive au titre de l'article 216.24 f) 8), c'est-à-dire une détermination du gouvernement des États-Unis selon laquelle la nation visée respecte l'AIDCP. Pour d'autres produits du thon ne contenant pas de thon à nageoires jaunes, l'article 216.92 b) 2) i) prescrit que le thon ait été capturé par un navire appartenant à une nation qui est partie à l'AIDCP et en respecte les prescriptions. Ainsi, les mêmes prescriptions en matière de respect de l'AIDCP s'appliquent aux produits du thon importés contenant du thon à nageoires jaunes comme du thon d'autres espèces. L'AIDCP prescrit aux nations qui y sont parties de mettre en œuvre pour la pêche effectuée par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP le même système de TTF que celui qui est mis en œuvre pour les navires des États-Unis en vertu de l'article 216.93.⁴⁶ Le formulaire 370 à présenter pour les produits du thon importés contenant du thon capturé dans l'ETP doit indiquer les numéros du ou des TTF correspondants.⁴⁷

3.30. L'obligation de fournir un TTF s'applique uniquement au thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP.

Séparation physique

3.31. La mesure initiale ne prévoyait de prescriptions concernant la séparation du thon *Dolphin Safe* et du thon non-*Dolphin Safe* pour aucun thon autre que celui qui était capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. Pour le thon capturé par ces grands navires dans l'ETP uniquement, le thon pêché lors d'opérations qualifiées de *Dolphin Safe* par l'observateur à bord 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 au port. Spécifiquement, si le thon a été 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, 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.⁴⁸ Les documents TTF exigés pour le thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP servent à cela.⁴⁹

⁴⁴ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 82 et 83.

⁴⁵ Voir la première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 63.

⁴⁶ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 85 à 88.

⁴⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 42.

⁴⁸ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 60 et 61.

⁴⁹ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 90 à 92.

3.2 Règlement final de 2013

3.32. Le 9 juillet 2013, les États-Unis ont publié au *Federal Register* le règlement final intitulé "Prescriptions documentaires renforcées étayant l'utilisation du label *Dolphin Safe* sur les produits du thon" (règlement final de 2013). Le règlement final de 2013 a apporté des changements à l'article 216.91 et 216.93 du règlement précédent.⁵⁰ Toutefois, ni la DPCIA, ni la décision *Hogarth* n'ont été modifiées depuis que le Groupe spécial initial a distribué son rapport.⁵¹

3.33. La mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* met trois types de conditions à l'utilisation du label *Dolphin Safe* pour les produits du thon: 1) des conditions relatives aux méthodes de pêche, 2) des conditions relatives aux certifications, et 3) des conditions relatives à l'enregistrement des données (repérage et vérification).⁵²

3.34. Les changements pertinents apportés au règlement d'application sont expliqués ci-dessous.

Méthode de pêche

3.35. En vertu de la mesure modifiée, comme en vertu de la mesure initiale, le thon capturé en haute mer au moyen de grands filets dérivants n'est pas admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*.⁵³

3.36. En vertu de la mesure modifiée, comme en vertu de la mesure initiale, les produits du thon contenant du thon pêché n'importe où dans le monde par encerclement des dauphins ne sont pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*. Cette prohibition est mise en œuvre par l'article 216.91 a) 1), 50 C.F.R. qui s'applique aux grands navires équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP, et par l'article 216.91 a) 2), qui s'applique aux navires équipés de sennes coulissantes opérant à l'extérieur de l'ETP. Ces deux dispositions établissent que le thon capturé par un navire visé n'est pas admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* à moins qu'il soit accompagné d'une certification fournie par le capitaine 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 et aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé.⁵⁴

3.37. Les produits contenant du thon capturé par des méthodes de pêche autres que la pêche aux grands filets dérivants en haute mer ou par encerclement des dauphins sont admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* uniquement si aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des déploiements d'engins au cours desquels le thon a été capturé. Pour s'assurer que cette condition est remplie, les produits du thon étiquetés *Dolphin Safe* sont soumis aux conditions concernant la certification et l'enregistrement des données qui sont exposées ci-dessous.⁵⁵

Certifications

Certification par le capitaine

3.38. En vertu de la mesure modifiée, l'utilisation du label *Dolphin Safe* sur tout produit du thon est subordonnée à la condition que le produit soit accompagné de certaines certifications fournies par le capitaine du navire de pêche et, dans certaines circonstances, par un observateur participant à un programme d'observation national ou international agréé.⁵⁶

3.39. Les prescriptions concernant la certification prévues par la loi DPCIA initiale pour tous les thons capturés dans l'ETP par un grand navire équipé de sennes coulissantes restent inchangées. Pour les navires battant pavillon des États-Unis, l'article 216.92 a) 1) et l'article 216.93 a) mettent en œuvre cette condition en exigeant que des TTF certifiés par le capitaine, qui indiquent si un dauphin a été tué ou gravement blessé lors de l'opération au cours de laquelle le thon a été

⁵⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 10.

⁵¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 11.

⁵² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 20.

⁵³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 22.

⁵⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 30.

⁵⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 32.

⁵⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 33.

capturé, accompagnent tous les thons capturés par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. Pour les navires battant pavillon étranger, l'article 216.24 f) 2) exige que toutes les importations de thon soient accompagnées du formulaire 370 de la NOAA, qui indique leur statut *Dolphin Safe* et contient les certifications décrites à l'article 216.91 a) qui sont nécessaires.⁵⁷ La certification doit inclure la validation du fait que le statut *Dolphin Safe* a été certifié par un observateur indépendant satisfaisant aux prescriptions de l'AIDCP.⁵⁸

3.40. Outre la certification selon laquelle aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé, les produits du thon contenant du thon pêché par un navire équipé de sennes coulissantes peuvent être étiquetés *Dolphin Safe* uniquement s'ils sont accompagnés d'une certification fournie par le capitaine du navire 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. En vertu de la mesure modifiée, cette condition s'applique aux produits du thon contenant du thon pêché par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, et par des navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP.⁵⁹

3.41. En vertu de la mesure modifiée, la certification fournie par le capitaine 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, est également nécessaire pour que les produits du thon contenant du thon capturé dans toute autre pêcherie soient étiquetés *Dolphin Safe*. L'article 216.91 a) 2) met en œuvre cette condition pour le thon capturé par un navire équipé de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP lors d'expéditions ayant commencé le 13 juillet 2013 ou à une date ultérieure. L'article 216.91 a) 4) établit la même condition pour le thon capturé dans toutes les autres pêcheries (c'est-à-dire toutes les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et les pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP). (La mesure initiale concernant le thon n'exigeait aucune certification pour les produits du thon contenant du thon capturé i) sans sennes coulissantes ou ii) par des petits navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP.)⁶⁰

Observateur à bord et certification par l'observateur

3.42. Les produits du thon contenant du thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP peuvent être étiquetés *Dolphin Safe* uniquement s'ils sont accompagnés de documents valables signés par un représentant de la nation membre de l'IDCP concernée certifiant: i) qu'un observateur agréé par l'IDCP était à bord pendant toute la durée de l'expédition et ii) qu'aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de l'expédition de pêche et aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé. De plus, les documents doivent indiquer les numéros des formulaires de repérage du thon correspondants qui contiennent les certifications exigées du capitaine et de l'observateur.⁶¹

3.43. Pour le thon capturé dans l'ETP par des grands navires des États-Unis équipés de sennes coulissantes, l'article 216.91 a) 1) et l'article 216.93 a) mettent en œuvre cette condition en exigeant que l'observateur de l'IDCP à bord certifie le TTF accompagnant le thon capturé par le navire considéré.⁶² Un TTF qui sert à enregistrer les opérations *Dolphin Safe* atteste qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors de l'opération au cours de laquelle le thon a été capturé.⁶³

3.44. Pour le thon capturé dans l'ETP par des grands navires équipés de sennes coulissantes autres que ceux des États-Unis, l'article 216.92 b) et l'article 216.24 f) 4) mettent en œuvre cette disposition en exigeant que le formulaire 370 de la NOAA accompagnant les produits du thon contienne les certifications devant être fournies par l'observateur. Pour que des produits du thon

⁵⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 35.

⁵⁸ 16 USC § 1385 d) 2) B) (pièce MEX-8).

⁵⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 37.

⁶⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 36.

⁶¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 40.

⁶² Voir 50 C.F.R. §§ 216.92 a) 1) (pièce US-2). Pour les navires des États-Unis, le TTVP de la NOAA représente la nation membre de l'IDCP (c'est-à-dire les États-Unis) et la certification requise par les États-Unis prend la forme de la vérification des TTF.

⁶³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 41; (selon l'article 216.93 a), un TTF sert à enregistrer les opérations *Dolphin Safe* et un second TTF à enregistrer les opérations non-*Dolphin Safe*).

soient étiquetés *Dolphin Safe*, le formulaire 370 qui les accompagne doit être signé par un représentant d'une nation membre de l'IDCP, et le représentant doit certifier i) qu'un observateur de l'IDCP se trouvait à bord du navire pendant toute la durée de l'expédition, ii) qu'aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler et iii) 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 par ailleurs indiquer les numéros du ou des TTF correspondants qui contiennent les certifications exigées du capitaine et de l'observateur.⁶⁴

3.45. Pour le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, la mesure modifiée n'impose pas de prescription concernant la certification par un observateur sauf si l'Administrateur adjoint du NMFS a formulé certaines constatations. Plus spécifiquement, en vertu de la mesure modifiée, une certification par l'observateur est exigée dans les circonstances suivantes⁶⁵:

- i) dans une pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP où l'Administrateur adjoint a déterminé qu'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) (50 C.F.R. §§ 216.91 a) 2) i));
- ii) dans une pêcherie à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP où l'Administrateur adjoint a déterminé que les observateurs participant à un programme d'observation national ou international sont qualifiés et habilités à certifier qu'aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de l'expédition de pêche au cours de laquelle le thon a été capturé, et qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé (50 C.F.R. §§ 216.91 a) 2) iii) B));
- iii) dans toute autre pêcherie où l'Administrateur adjoint a déterminé que les observateurs participant à un programme d'observation national ou international sont qualifiés et habilités à certifier qu'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 (50 C.F.R. §§ 216.91 a) 4) ii)); et
- iv) dans toute autre pêcherie désignée par l'Administrateur adjoint comme étant une zone où il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins (50 C.F.R. §§ 216.91 a) 4) iii)).

3.46. En vertu de la mesure actuelle, pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon n'impose aucune prescription concernant la certification par un observateur, sauf en ce qui concerne sept pêcheries nationales des États-Unis pour lesquelles l'Administrateur adjoint a déterminé que les observateurs des États-Unis sont qualifiés et habilités à certifier qu'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 certification est exigée uniquement lorsque l'observateur est à bord pour d'autres raisons, et le thon capturé en l'absence d'observateur à bord peut quand même être étiqueté *Dolphin Safe* sur la base d'une déclaration du capitaine.⁶⁶

Repérage et vérification

Prescriptions documentaires

Formulaire de repérage du thon (TTF)

3.47. Comme dans la mesure initiale, en vertu de la mesure modifiée, le thon capturé dans l'ETP par des grands navires équipés de sennes coulissantes peut être étiqueté *Dolphin Safe* uniquement s'il est satisfait aux prescriptions documentaires de l'article 216.92 et 216.93. Pour le thon capturé par des navires battant pavillon des États-Unis, le label *Dolphin Safe* peut être utilisé si le thon est

⁶⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 42.

⁶⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 43.

⁶⁶ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 128.

accompagné d'un TTF certifié par le capitaine du navire et par l'observateur agréé par l'IDCP et qu'il est livré à une entreprise de transformation du thon des États-Unis qui respecte les prescriptions de l'article 216.93 en matière de repérage et de vérification du thon.⁶⁷

3.48. Les mêmes prescriptions en matière de repérage et de vérification, par exemple que le thon en question devrait être accompagné d'un TTF certifié par le capitaine du navire et l'observateur agréé par l'IDCP, s'appliquent aux produits importés contenant du thon capturé dans l'ETP par des grands navires équipés de sennes coulissantes. Ces produits du thon peuvent être étiquetés *Dolphin Safe* uniquement si le thon a été capturé par un navire battant pavillon d'une partie à l'AIDCP (ou d'un pays qui applique provisoirement l'AIDCP) qui respecte toutes les prescriptions du Plan de repérage et de vérification du thon de l'IDCP. Cette prescription est mise en œuvre au moyen du formulaire 370, qui exige que le thon pêché dans l'ETP par des grands navires équipés de sennes coulissantes soit accompagné de documents établis par le pays membre de l'IDCP concerné qui certifient qu'un observateur de l'IDCP se trouvait en tout temps à bord du navire et qui indiquent les numéros du ou des TTF correspondants.⁶⁸

Formulaire 370

3.49. Chaque produit du thon importé, quel que soit l'endroit où le thon a été capturé et que le label *Dolphin Safe* soit utilisé ou non, doit être accompagné du formulaire 370 de la NOAA, qui indique le type d'engin de pêche ayant servi à capturer le thon et, si le produit doit être étiqueté *Dolphin Safe*, contient les certifications nécessaires. Au moment de l'importation, une copie de ce formulaire doit être présentée au Bureau des douanes et de la protection des frontières et une autre copie doit être présentée, dans les dix jours suivant l'importation, au Programme de repérage et de vérification du thon (TTVP).⁶⁹

Séparation physique

3.50. La mesure modifiée exige que, pour être incorporé dans un produit du thon étiqueté *Dolphin Safe*, le thon doit être séparé du thon non-*Dolphin Safe* depuis le moment de sa capture jusqu'à son déchargement et sa transformation. L'article 216.93 c) 1) met en œuvre cette prescription pour le thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, en exigeant que le thon *Dolphin Safe* soit mis dans des cuves désignées à cet effet et soit, après son déchargement, placé dans des camions, dans des entrepôts ou des navires transporteurs de telle manière que la distinction entre le thon *Dolphin Safe* et le thon non-*Dolphin Safe* soit préservée. Des observateurs indépendants surveillent le chargement et le déchargement des cuves, et les lots de thon individuels reçoivent des numéros de repérage TTF qui peuvent être suivis à chaque étape de la fabrication des produits du thon.⁷⁰

3.51. L'article 216.93 c) 2) et 3) applique la même prescription au thon capturé par des navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP et au thon capturé dans d'autres pêcheries. Tout mélange dans les cuves ou les zones de stockage visées devrait aboutir à la désignation du thon comme étant non-*Dolphin Safe*.⁷¹

Repérage des opérations de conserverie et des opérations de transformation autres que les opérations de conserverie relevant de la compétence des États-Unis

3.52. Chaque fois qu'une conserverie des États-Unis reçoit une expédition de thon national ou importé en vue de sa transformation, un représentant du NMFS peut être présent pour surveiller la livraison et vérifier les désignations *Dolphin Safe*. En outre, les entreprises de transformation du thon des États-Unis sont tenues de soumettre des rapports mensuels au TTVP pour tout le thon reçu dans leurs installations. Ces rapports indiquent, pour tout le thon reçu, si le thon est admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* au titre de l'article 216.91, son espèce, la condition des produits du thon, le poids, la zone maritime de capture, le navire de capture, le type d'engin de pêche, les dates de l'expédition, le nom du transporteur, les dates de déchargement, le lieu du déchargement et, si les produits du thon sont étiquetés *Dolphin Safe*, les certifications exigées

⁶⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 45.

⁶⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 46.

⁶⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 49.

⁷⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 92.

⁷¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 50.

pour chaque expédition de thon. Tous les exportateurs, transbordeurs, importateurs, transformateurs et distributeurs de thon ou de produits du thon des États-Unis doivent archiver les documents se rapportant au thon pendant au moins deux ans, y compris les formulaires 370 et les certifications correspondantes, ainsi que tous les rapports additionnels exigés.⁷²

4 ARGUMENTS DES PARTIES

4.1. Les arguments des parties sont exposés dans les résumés analytiques qu'elles ont fournis au Groupe spécial conformément au paragraphe 17 des Procédures de travail adoptées par celui-ci (voir les annexes B-1, B-2, B-3, B-4, B-5 et B-6).

5 ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

5.1. Les arguments de l'Australie, du Canada, du Japon, de la Norvège, de la Nouvelle-Zélande, de la République de Corée et de l'Union européenne sont exposés dans leurs résumés analytiques respectifs, fournis conformément au paragraphe 18 des Procédures de travail adoptées par le Groupe spécial (voir les annexes C-1, C-2, C-3, C-4, C-5, C-6, C-7, C-8, C-9 et C-10). La République de Corée n'a pas présenté d'arguments écrits au Groupe spécial. Le Japon n'a pas fait de déclaration orale. La Chine, le Guatemala et la Thaïlande n'ont pas présenté d'arguments écrits ou oraux au Groupe spécial.

6 RAPPORT INTÉIMAIRE

6.1 Questions d'ordre général

6.1. Tous les numéros de paragraphes mentionnés dans la présente section correspondent à ceux du rapport final. La présente section du rapport fait partie intégrante des constatations du Groupe spécial.

6.2. En réponse aux demandes des parties, le Groupe spécial a apporté des corrections d'ordre typographique et stylistique aux paragraphes suivants: 7.11, 7.16, 7.34, 7.35, 7.62, 7.71, 7.80, 7.98, 7.120, 7.124, 7.126, 7.136, 7.143, 7.147, 7.160, 7.161, 7.167, 7.172, 7.177, 7.187, 7.185, 7.192, 7.198, 7.199, 7.206, 7.208, 7.231, 7.233, 7.248, 7.249, 7.251, 7.252, 7.253, 7.256, 7.262, 7.283, 7.294, 7.297, 7.298, 7.300, 7.302, 7.303, 7.304, 7.306, 7.310, 7.312, 7.346, 7.349, 7.352, 7.355, 7.365, 7.363, 7.367, 7.368, 7.370, 7.377, 7.378, 7.401, 7.433, 7.439, 7.444, 7.450, 7.453, 7.454, 7.458, 7.466, 7.477, 7.483, 7.486, 7.508, 7.517, 7.519, 7.528, 7.533, 7.539, 7.554, 7.577, 7.579, 7.585, 7.587, 7.591, 7.593 et 7.599.

6.3. En réponse aux observations formulées par les deux parties, le Groupe spécial a apporté des révisions mineures à la partie descriptive de son rapport, aux paragraphes 1.1, 1.10, 3.1, 3.13, 3.14, 3.28, 3.29, 3.30, 3.31, 3.32, 3.36, 3.40 et 3.47.

6.4. Comme suite aux demandes formulées par les parties durant la phase de réexamen intérimaire, et afin de rendre compte des arguments et des pièces présentés par les parties de manière plus exacte, le Groupe spécial a remanié les paragraphes suivants: 7.104, 7.111, 7.112, 7.116, 7.154, 7.156, 7.193, 7.291, 7.309, 7.324, 7.328, 7.339, 7.349, 7.360, 7.374, 7.467, 7.589 et 7.592.

6.5. Les deux parties ont demandé au Groupe spécial de préciser et, dans certains cas, de réviser le raisonnement et les constatations qu'il avait exposés dans un certain nombre de paragraphes. En réponse à ces demandes, le Groupe spécial a remanié son rapport aux paragraphes suivants: 7.66, 7.105, 7.148, 7.150, 7.366 et 7.601.

⁷² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 52.

6.2 Questions spécifiques

6.2.1 Éléments de preuve concernant les dommages observables et non observables causés par différentes méthodes de pêche

6.6. Les deux parties ont demandé au Groupe spécial d'expliquer plus en détail ses vues sur certains éléments de preuve concernant les différents critères d'admissibilité. Le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire d'examiner les éléments de preuve présentés par les parties dans le différend initial. Il a toutefois examiné les nouveaux éléments de preuve et constaté que ceux-ci confirmaient simplement les constatations formulées dans la procédure initiale sur cette question. Pour cette raison, il n'a pas exposé ces nouveaux éléments de preuve de façon très détaillée dans son rapport intérimaire. Néanmoins, au vu des demandes des parties, nous avons décidé de décrire plus en détail les nouveaux éléments de preuve et de donner des explications plus détaillées de notre interprétation et de nos vues concernant les différents documents. Nous notons que ces nouveaux éléments de preuve confirment les constatations de fait formulées par le Groupe spécial initial et confirmées par l'Organe d'appel. En conséquence, nous avons révisé le rapport aux paragraphes 7.111, 7.112, 7.116, 7.122, 7.123 et 7.129 à 7.135.

6.2.2 Description de la constatation de l'Organe d'appel concernant les dommages observés et non observés causés par l'encerclement des dauphins par rapport à d'autres méthodes de pêche au thon

6.7. Les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de réexaminer la description qu'il a faite, aux paragraphes 7.120, 7.122, 7.579 et 7.585 de son rapport, des constatations de l'Organe d'appel. Le Mexique n'a pas souscrit à la demande des États-Unis et a demandé au Groupe spécial de la rejeter.

6.8. Le libellé initial du paragraphe rend compte avec exactitude de notre interprétation des rapports du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel. L'Organe d'appel a expressément confirmé que "[l']encerclement des dauphins caus[ait] des effets nuisibles observés et non observés sur les dauphins".⁷³ Aucune des parties ne nie que l'encerclement des dauphins cause des dommages observés et non observés aux dauphins. Toutefois, le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont aussi établi clairement que "les risques posés pour les dauphins par d'autres techniques de pêche [n']étaient [pas] négligeables et [pouvaient atteindre], dans certaines circonstances, le même niveau que les risques résultant de l'encerclement des dauphins".⁷⁴ À notre avis, ce qui rend l'encerclement des dauphins particulièrement dommageable, c'est le fait qu'il cause certains effets non observés *au-delà* de la mortalité et des blessures qui "découleraient de la chasse elle-même".⁷⁵ Ces dommages continueraient d'exister encore "même si des mesures étaient adoptées pour éviter les prises et le massacre des dauphins dans les filets".⁷⁶ C'est précisément parce que ces dommages non observés ne peuvent pas être atténués par des mesures visant à éviter que les dauphins soient tués ou blessés que le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont constaté que les États-Unis étaient en droit de traiter l'encerclement des dauphins différemment des autres méthodes de pêche.

6.9. Par souci de clarté, nous avons révisé le texte des paragraphes 7.120, 7.122, 7.123, 7.579 et 7.585.

6.2.3 Évolution de l'argument du Mexique relatif aux prescriptions différentes concernant les observateurs au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC

6.10. Les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de réviser la description qu'il a faite, aux paragraphes 7.154 et 7.161 du rapport, de l'argument du Mexique. Le Mexique a demandé au Groupe spécial de rejeter cette demande et a dit que la nouvelle formulation proposée par les États-Unis "dénature[rait] les arguments du Mexique".⁷⁷

⁷³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 287.

⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289.

⁷⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.504.

⁷⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.504.

⁷⁷ Observations du Mexique sur les observations des États-Unis sur le rapport intérimaire, paragraphe 25.

6.11. À notre avis, le texte initial résume avec exactitude l'argument du Mexique. Le Mexique a explicitement fait valoir que les prescriptions différentes concernant la certification "impos[aient] deux normes distinctes ... concernant l'exactitude des renseignements sur le statut *Dolphin Safe*: une norme pour le thon capturé à l'intérieur de l'ETP, et une norme séparée et bien moins rigoureuse pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP".⁷⁸ Selon le Groupe spécial, cette phrase signifie clairement que, de l'avis du Mexique, la mesure modifiée concernant le thon impose une charge moins lourde (ou, selon les termes du Mexique, "bien moins rigoureuse") pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP que pour le thon capturé dans cette pêcherie. Par souci de clarté, le Groupe spécial a ajouté au paragraphe 7.154 une note de bas de page qui établit explicitement un lien entre le résumé du Groupe spécial et la communication du Mexique.

6.12. De plus, le Groupe spécial note que sa description de l'argument du Mexique tient compte de la façon dont les arguments du Mexique ont évolué au cours de la présente procédure, et en particulier du développement (par le Mexique) des arguments relatifs aux charges financières différentes imposées par la mesure modifiée concernant le thon. Comme les deux parties s'en souviendront, l'une des principales questions débattues par le Groupe spécial et les parties à la réunion concernait les divers coûts imposés par la mesure modifiée concernant le thon. Un certain nombre de questions écrites posées par le Groupe spécial aux parties concernaient aussi les charges financières différentes imposées par la mesure en cause, et les deux parties ont répondu à ces questions. Comme le Groupe spécial l'explique au paragraphe 7.162, il apparaît que la mesure modifiée concernant le thon impose des charges financières différentes aux différents pays, et il s'agit d'un élément important des charges différenciées imposées par la mesure. Compte tenu de ces considérations, nous pensons que notre interprétation et notre présentation de l'argument du Mexique sont exactes et devraient rester inchangées.

6.2.4 Éléments de preuve concernant les journaux de bord

6.13. Les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de réexaminer certaines constatations de fait figurant aux paragraphes 7.219 et 7.601. En particulier, ils ont demandé au Groupe spécial d'indiquer explicitement que certains journaux de bord obligeaient ou autorisaient effectivement les capitaines à enregistrer les captures accessoires de mammifères. Le Groupe spécial a réexaminé ces éléments de preuve et a révisé les paragraphes 7.219 à 7.226 de son rapport.

6.2.5 Systèmes de repérage et de vérification

6.14. Les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de réviser les constatations qu'il a formulées dans un certain nombre de paragraphes concernant le système de repérage et de vérification qui s'applique au thon capturé ailleurs que dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Spécifiquement, ils ont demandé au Groupe spécial de constater: a) que les codes des boîtes de conserve permettaient de remonter non seulement jusqu'au navire ayant capturé le thon contenu dans la boîte, mais aussi jusqu'à la déclaration du capitaine associée au thon contenu dans la boîte; b) que les certifications des capitaines étaient associées à des lots de thon à leur "premier point de déchargement"; et c) que, dans certains cas, il était possible pour les produits du thon élaborés à partir de thon capturé ailleurs que dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP de remonter jusqu'à la cuve dans laquelle le thon avait été stocké pendant l'expédition de pêche au cours de laquelle il avait été capturé.

6.15. En ce qui concerne la partie a) de la demande des États-Unis, le Groupe spécial s'abstient de formuler la constatation additionnelle demandée, c'est-à-dire que les codes des boîtes de conserve permettent de remonter jusqu'à la déclaration du capitaine associée au thon contenu dans la boîte. De toute façon, la constatation additionnelle ne serait pas compatible avec la propre argumentation des États-Unis. **[[RCC^{79,80}]]**. Par conséquent, une constatation générale selon laquelle les codes des boîtes de conserve permettent de remonter jusqu'aux certifications des capitaines serait inappropriée.

6.16. De plus, nous ne convenons pas que les éléments de preuve étayent l'allégation des États-Unis sur ce point. **[[RCC]]**

⁷⁸ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 193.

⁷⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 242. **[[RCC]]**.

⁸⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 242.

6.17. Bien que le Groupe spécial s'abstienne de formuler la constatation additionnelle demandée par les États-Unis, il juge approprié d'exposer plus clairement l'argument des États-Unis sur ce point. Par conséquent, nous avons révisé les paragraphes 7.310 et 7.355.

6.18. En ce qui concerne la partie b) de la demande des États-Unis, le Groupe spécial s'abstient d'apporter la modification demandée, c'est-à-dire de constater qu'il apparaît que les certifications des capitaines sont attribuées au "premier point de déchargement". La constatation du Groupe spécial **[[RCC^{81,82}]]** Néanmoins, dans un souci de clarté, nous avons remplacé le mot "production" par l'expression "mise en longe", afin que le texte du paragraphe 7.370 reflète plus fidèlement les éléments de preuve présentés par les États-Unis.

6.19. En ce qui concerne la partie c) de la demande des États-Unis, le Groupe spécial s'abstient de formuler la constatation additionnelle demandée par les États-Unis. Nous avons révisé les paragraphes 7.356 à 7.359 pour expliquer plus clairement la raison pour laquelle nous ne souscrivons pas à l'interprétation des éléments de preuve donnée par les États-Unis.

6.20. Par ailleurs, le Mexique a demandé au Groupe spécial de formuler une constatation additionnelle concernant le système de repérage et de vérification du thon capturé ailleurs que dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Spécifiquement, il demande au Groupe spécial de préciser que les États-Unis "ne sont pas en mesure de suivre les déplacements et le statut *Dolphin Safe* du thon depuis le moment de sa capture jusqu'à sa livraison à une conserverie autre que celles des États-Unis et son expédition ultérieure aux États-Unis".⁸³ Les États-Unis ne souscrivent pas aux modifications suggérées par le Mexique.

6.21. Le Groupe spécial a décidé de réviser les paragraphes 7.365 à 7.368 en ajoutant le terme "directement" au texte suggéré par le Mexique. Il a examiné l'affirmation des États-Unis selon laquelle le libellé proposé par le Mexique était inexact parce que les importateurs des États-Unis eux-mêmes étaient censés avoir les documents nécessaires pour remonter jusqu'au point de capture du thon. Nous notons que dans leurs observations sur cette demande, les États-Unis ont dit qu'ils ne contestaient pas trois des quatre révisions demandées par le Mexique.

6.2.6 Description par le Groupe spécial de l'argument du Mexique concernant le traitement moins favorable

6.22. Le Mexique a demandé au Groupe spécial de réviser la description qu'il avait faite aux paragraphes 7.104 et 7.105 de l'argument du Mexique. Les États-Unis ne souscrivent pas à cette demande et demandent au Groupe spécial de la rejeter. Selon eux, le paragraphe initial décrit correctement l'argument du Mexique.

6.23. Le Groupe spécial a décidé de réviser ces paragraphes. À son avis, dans son argumentation, le Mexique a constamment fait la distinction entre la façon dont les *critères d'admissibilité différents*, d'une part, et la façon dont les *prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification*, d'autre part, exerçaient un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence du thon et des produits du thon mexicains. En particulier, dès sa deuxième communication écrite, le Mexique a affirmé qu'alors que les critères d'admissibilité avaient un effet négatif direct sur le thon et les produits du thon mexicains en excluant le thon capturé par encerclement des dauphins pour ce qui est d'avoir un jour accès au label *Dolphin Safe*, les deux autres distinctions réglementaires (les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification) avaient un effet préjudiciable sur le thon et les produits du thon mexicains de façon indirecte, en quelque sorte, parce qu'elles accordaient un "avantage concurrentiel illégitime"⁸⁴ au thon capturé ailleurs que dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Cet avantage illégitime modifie *de facto* les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains.

⁸¹ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 241.

⁸² Cannery Slides on Tuna Trace Systems (pièce US-189) (RCC).

⁸³ Observations du Mexique sur le rapport intérimaire, paragraphe 14.

⁸⁴ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 147.

6.24. Le Mexique a énoncé cette distinction très clairement en réponse à une question du Groupe spécial. Il a expliqué que la mesure modifiée concernant le thon avait un effet préjudiciable sur le thon et les produits du thon mexicains pour les raisons suivantes⁸⁵:

- a. "La principale méthode de pêche du Mexique est exclue de façon permanente pour la capture de thon *Dolphin Safe*, alors que les méthodes de pêche employées par les États-Unis et d'autres pays sont admises pour cette capture;
- b. Le thon et les produits du thon d'origine mexicaine sont soumis à des prescriptions détaillées et strictes concernant l'enregistrement des données et la vérification qui empêchent que le thon non-*Dolphin Safe* soit étiqueté *Dolphin Safe*. Par contre, le thon et les produits du thon des États-Unis et d'autres pays ne sont pas soumis à ces prescriptions détaillées et strictes. En conséquence, le thon et les produits du thon des États-Unis et d'autres pays peuvent être étiquetés à tort *Dolphin Safe* alors que, en fait, ce thon et ces produits du thon ne sont pas *Dolphin Safe*;
- c. Dans le cas du thon mexicain, la désignation initiale du statut *Dolphin Safe* est soumise à des prescriptions obligatoires concernant les observateurs indépendants au moment où le thon est pêché dans l'océan, ce qui empêche le thon non-*Dolphin Safe* d'être étiqueté à tort *Dolphin Safe*. Dans le cas du thon des États-Unis et d'autres pays, la désignation initiale du statut *Dolphin Safe* n'est pas établie par des observateurs indépendants au moment où le thon est pêché dans l'océan, ce qui fait que le thon peut être étiqueté à tort *Dolphin Safe*".

6.25. Le passage susmentionné fait clairement la distinction entre deux types d'effet préjudiciable allégué: le premier, causé par les critères d'admissibilité, désavantage directement le thon mexicain en excluant le thon capturé au moyen de la principale méthode de pêche au thon du Mexique de l'accès au label *Dolphin Safe*; et le second, causé par les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, qui désavantage les produits du thon mexicains en conférant un avantage au thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et modifie donc les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains.

6.26. Selon le Groupe spécial, en établissant une distinction entre l'effet préjudiciable causé par les critères d'admissibilité, d'une part, et l'effet préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, d'autre part, le Mexique a clairement fondé son argument sur l'idée que les différentes distinctions réglementaires entraînaient un traitement préjudiciable de différentes manières et pour différentes raisons.

6.27. Par conséquent, le Groupe spécial pense que le texte des paragraphes 7.104 et 7.105 et l'interprétation qui y est exposée de l'argument du Mexique sont exacts et devraient rester inchangés. Néanmoins, il a apporté quelques révisions rédactionnelles pour plus de clarté, et a également complété la citation comme le demandait le Mexique.

6.2.7 Encerclement des dauphins réglementé et non réglementé

6.28. Le Mexique a demandé au Groupe spécial de modifier le libellé du paragraphe 7.577. Spécifiquement, il demande que soit inclus un libellé indiquant que l'encerclement des dauphins est "particulièrement dommageable" pour les dauphins "lorsqu'il est non réglementé".

6.29. Le Groupe spécial s'abstient d'apporter les modifications demandées par le Mexique. Comme nous l'avons expliqué dans diverses parties du présent rapport, notre interprétation est que l'encerclement des dauphins est "particulièrement dommageable" pour les dauphins parce que, en tant que méthode de capture du thon, il exige, pour être efficace, que les dauphins soient "encerclés" – c'est-à-dire chassés et encerclés, lors de chacune des opérations de pêche. Comme nous l'avons expliqué en détail ailleurs, l'encerclement des dauphins entraîne des dommages observables et non observables. Bien qu'il soit possible de contenir les dommages observables, y compris la mortalité et les blessures graves, par la voie réglementaire, le Groupe spécial initial a

⁸⁵ Réponse du Mexique à la question n° 9 du Groupe spécial, paragraphe 36. La même observation était faite dans la deuxième communication écrite du Mexique, paragraphes 147, 163; et la réponse du Mexique à la question n° 7 du Groupe spécial, paragraphes 19 et 21.

précisé que les effets non observables causés par la chasse elle-même "existeraient ... même si des mesures étaient adoptées pour éviter les prises et le massacre des dauphins dans les filets".⁸⁶ Bien que l'encerclement non réglementé des dauphins puisse fort bien être plus dangereux que l'encerclement réglementé – et c'est un point sur lequel nous n'avons pas besoin de nous prononcer –, la sécurité relative de l'encerclement réglementé ou non réglementé ne change rien, d'après ce que nous croyons comprendre, au fait que l'encerclement des dauphins est particulièrement dommageable pour ces derniers parce qu'il cause des effets non observés, au-delà de la mortalité et des blessures graves observables, qui ne peuvent pas être éliminés au moyen d'une réglementation qui réduit la mortalité et les blessures graves.

7 CONSTATATIONS

7.1 Allégations

7.1. Le Mexique allègue que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec les dispositions ci-après des accords visés:

- a. l'article 2.1 de l'Accord OTC, parce que la mesure modifiée concernant le thon continue d'accorder aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits du thon similaires des États-Unis et aux produits du thon similaires originaires de tout autre pays;
- b. l'article I:1 du GATT de 1994, parce que la mesure modifiée concernant le thon continue de conférer aux produits du thon originaires de tout autre pays un avantage qui n'est pas étendu immédiatement et sans condition aux produits du thon similaires originaires du Mexique;
- c. l'article III:4 du GATT de 1994, parce que la mesure modifiée concernant le thon continue d'accorder aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits du thon similaires originaires des États-Unis en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur.

7.2. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, le Mexique a également allégué que la mesure modifiée concernant le thon était incompatible avec l'article XXIII:1 b) du GATT de 1994 parce qu'elle "annul[ait] ou compromet[tait] des avantages qui résult[aient] pour le Mexique du GATT de 1994". Toutefois, le Mexique n'a maintenu cette allégation dans aucune de ses communications au Groupe spécial, et celui-ci ne l'examine donc pas dans le présent rapport.

7.2 Ordre d'analyse

7.3. Les parties n'ont pas demandé au Groupe spécial de suivre un ordre d'analyse particulier. Dans leurs communications écrites, elles traitent les allégations du Mexique au titre de l'Accord OTC en premier et celles au titre du GATT de 1994 en deuxième.

7.4. Il est bien établi que dans le cas où:

[U]ne disposition d'un accord inclus dans l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC ... et une disposition du GATT de 1994 ... qui ont un champ d'application identique s'appliquent toutes deux, ... la disposition de l'accord qui "traite expressément, et de manière détaillée" d'une question devrait être examinée en premier.⁸⁷

7.5. Dans la procédure initiale en l'espèce, le Groupe spécial a constaté ce qui suit⁸⁸:

⁸⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.504.

⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 134.

⁸⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.43.

[L']Accord OTC "traite expressément, et de manière détaillée" des questions qu'il couvre. Par conséquent, lorsque des allégations au titre du GATT [de 1994] sont présentées parallèlement à des allégations au titre de l'Accord OTC, les allégations au titre de l'Accord OTC devraient être examinées en premier.

7.6. Après examen, l'Organe d'appel a de même examiné les arguments des parties concernant l'article 2.1 de l'Accord OTC en premier.

7.7. À notre avis, il n'y a aucune raison de s'écarter de l'approche suivie par le Groupe spécial initial en ce qui concerne l'ordre d'analyse approprié. Par conséquent, le Groupe spécial analysera d'abord l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, puis il examinera ses allégations au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

7.8. Avant d'examiner les allégations du Mexique au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994, le Groupe spécial traitera deux questions préliminaires: premièrement, la mesure en cause et le champ de la présente procédure au titre de l'article 21:5; et, deuxièmement, la charge de la preuve et le critère de la preuve applicables en l'espèce.

7.3 Paramètres du mandat du Groupe spécial: mesure en cause et champ de la présente procédure au titre de l'article 21:5

7.9. Le Groupe spécial rappelle que la conclusion de l'Organe d'appel concernant l'incompatibilité avec les règles de l'OMC de la mesure concernant le thon était formulée en termes généraux. En effet, la recommandation finale que l'Organe d'appel a présentée à l'ORD faisait référence à la "mesure" des États-Unis – c'est-à-dire la mesure concernant le thon *tout entière* plutôt qu'un aspect ou élément particulier de celle-ci. Au paragraphe 299 de son rapport, l'Organe d'appel a explicitement conclu ce qui suit⁸⁹:

[L]es *dispositions* des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* accordent aux produits du thon mexicains un "traitement moins favorable" que celui qui est accordé aux produits du thon des États-Unis et aux produits du thon originaires d'autres pays et sont, par conséquent, incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.10. À la fin de son rapport, l'Organe d'appel a recommandé que l'ORD demande aux États-Unis de "rendre leur *mesure*" conforme au droit de l'OMC.⁹⁰

7.11. Comme l'Organe d'appel avait précédemment indiqué qu'il emploierait les expressions "mesure en cause", "mesure des États-Unis" et "les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*" pour désigner les "instruments juridiques contestés par le Mexique, pris collectivement"⁹¹, il est clair que ses conclusions et recommandations étaient censées s'appliquer à la mesure concernant le thon *dans son ensemble*, y compris tous ses éléments constitutifs. Prenons, par exemple, la manière dont l'Organe d'appel a défini la mesure en cause dans la procédure initiale⁹²:

Le présent différend découle d'une contestation formulée par le Mexique à l'encontre de certains instruments juridiques des États-Unis établissant les conditions d'utilisation d'un label *Dolphin Safe* pour les produits du thon. En particulier, le Mexique a indiqué les instruments juridiques ci-après comme faisant l'objet de sa contestation: l'article 1385 du Titre 16 du *United States Code* (la "Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins" ou "DPCIA"); l'article 216.91 et l'article 216.92 (le "règlement d'application") du Titre 50 du *United States Code of Federal Regulations*, et une décision rendue par une cour d'appel fédérale des États-Unis dans l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth* (la "décision Hogarth"). Pris conjointement, la DPCIA, le règlement d'application et la décision

⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 299 (pas d'italique dans l'original).

⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 408 (pas d'italique dans l'original).

⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 172.

⁹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 172.

Hogarth énoncent les prescriptions régissant les cas dans lesquels les produits du thon vendus aux États-Unis peuvent être étiquetés *Dolphin Safe*.

7.12. À notre avis, il est clair que comme elles font référence aux "dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*", les conclusions et recommandations de l'Organe d'appel étaient censées s'appliquer à la mesure concernant le thon *dans son ensemble*.

7.13. Nous notons également que dans ses constatations, l'Organe d'appel a précisé que les États-Unis avaient divers moyens à leur disposition pour rendre leur mesure conforme à la prescription de l'article 2.1 de l'Accord OTC relative à l'impartialité:

Le Groupe spécial a noté en outre que les dispositions de la DPCIA elles-mêmes envisageaient la possibilité qu'une pêcherie hors de l'ETP soit désignée comme étant une zone où il y avait "une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins", qui entraînerait alors l'application dans une telle pêcherie de la prescription imposant de certifier qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors de l'expédition au cours de laquelle le thon avait été capturé.⁹³

Nous ne voyons pas d'erreur dans l'évaluation du Groupe spécial. De plus, nous notons que, nulle part dans son raisonnement, le Groupe spécial n'a indiqué que l'imposition d'une prescription voulant qu'un observateur indépendant certifie qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors des opérations de pêche au cours desquelles le thon avait été capturé serait le *seul* moyen permettant aux États-Unis d'adapter leurs dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* en fonction des risques qui, selon les constatations du Groupe spécial, étaient posés par des techniques de pêche autres que l'encerclement des dauphins.⁹⁴ Nous notons à cet égard que la mesure en cause elle-même envisage la possibilité que seul le capitaine puisse délivrer une telle certification dans certaines circonstances.⁹⁵

Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que les États-Unis n'ont 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. Il s'ensuit que les États-Unis n'ont pas démontré que l'effet préjudiciable de leur mesure sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Nous notons, en particulier, que la mesure des États-Unis prend *pleinement* en compte les effets nuisibles résultant pour les dauphins de leur encerclement dans l'ETP, alors qu'elle ne "vise[]" 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".⁹⁶ Dans ces circonstances, nous ne sommes pas convaincus que les États-Unis aient démontré que la mesure était impartiale sur les points pertinents, même si l'on admet que la technique de pêche par encerclement des dauphins est particulièrement dommageable pour ces derniers.⁹⁷

⁹³ (note de bas de page de l'original) Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II*, paragraphe 7.543.

⁹⁴ (note de bas de page de l'original) Nous notons toutefois qu'une telle prescription peut être appropriée dans des circonstances où les dauphins sont confrontés à des risques élevés de mortalité ou de blessures graves.

⁹⁵ (note de bas de page de l'original) Voir l'article 1385 d) 1) D) de la DPCIA:

D) par un navire dans une pêcherie autre que celle qui est décrite au sous-paragraphe A), B) ou C), désignée par le Secrétaire comme étant une zone où il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins, à moins que ledit produit ne soit accompagné d'une déclaration écrite faite par le capitaine du navire et un observateur participant à un programme national ou international acceptable pour le Secrétaire, selon laquelle 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, à condition que le Secrétaire détermine que cette déclaration d'un observateur est nécessaire. (pas d'italique dans l'original)

⁹⁶ (note de bas de page de l'original) Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.544. Nous notons que la mesure en cause ne vise pas la pêche aux filets dérivants en haute mer.

⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 295 à 297.

7.14. Dans la procédure en cours, en vue de se conformer aux recommandations de l'ORD, les États-Unis ont modifié leur règlement d'application, de la manière indiquée plus haut aux paragraphes 3.32 à 3.52. Ils sont d'avis que cette modification réglementaire est suffisante pour rendre leur mesure conforme aux décisions et recommandations de l'ORD.

7.15. Le Mexique a engagé la présente procédure de règlement des différends au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, faisant valoir que la modification n'avait pas rendu la mesure des États-Unis conforme à leurs obligations dans le cadre de l'OMC.

7.16. La tâche d'un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 consiste à "régl[er]" les différends "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. Dans la procédure en cours, il y a désaccord entre les parties au sujet de l'identité de la mesure prise pour se conformer qui, selon les États-Unis, définit le champ de l'examen du présent Groupe spécial de la mise en œuvre.

7.17. Le Mexique adopte une interprétation large, et fait valoir que la mesure prise pour se conformer coïncide avec ce que les deux parties appellent la "mesure modifiée concernant le thon". Nous avons décrit la "mesure modifiée concernant le thon" de façon assez détaillée plus haut; pour les fins qui nous occupent, nous rappelons simplement que cette mesure est constituée des éléments suivants: a) l'article 1385 du Titre 16 du *United States Code* (la loi), b) le Titre 50, Partie 216, sous-partie H, du *United States Code of Federal Regulations*, modifié par le règlement final de 2013 (le règlement modifié ou le règlement), et c) la décision judiciaire rendue dans l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth* (la décision *Hogarth*).⁹⁸ Les États-Unis demandent instamment au Groupe spécial d'adopter une interprétation plus étroite. À leur avis, bien que les trois instruments indiqués par le Mexique constituent ensemble la "mesure modifiée concernant le thon", c'est uniquement le règlement final de 2013, qu'ils ont adopté en réponse à la procédure initiale dans le but de "se mettre en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD", qui constitue la mesure prise pour se conformer et, selon eux, le présent Groupe spécial devrait limiter le champ de son examen à la mesure qu'ils ont prise pour se conformer.⁹⁹

7.18. L'Organe d'appel a expliqué que "[l]es procédures au titre de l'article 21:5 n'intéress[aient] pas simplement l'une ou l'autre mesure d'un Membre de l'OMC; ces procédures ne concern[aient] plutôt que les "mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions" de l'ORD".¹⁰⁰ En conséquence, un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 n'est pas libre d'examiner toute mesure adoptée et maintenue par un Membre de l'OMC. En fait, sa compétence se limite à évaluer les mesures prises par un Membre pour "mettre en œuvre" les décisions et recommandations de l'ORD concernant une autre mesure préexistante que l'ORD a déjà jugée incompatible avec les règles de l'OMC – autre mesure qui, bien que nécessairement pertinente pour l'examen au titre de l'article 21:5, est distincte d'un point de vue conceptuel.¹⁰¹

7.19. Nous commençons notre analyse en rappelant que ce qui constitue la "mesure prise pour se conformer" dans une affaire donnée n'est pas déterminé exclusivement par le Membre mettant en œuvre. La désignation par un Membre d'une mesure comme étant une mesure prise "pour se conformer", ou non, est pertinente pour cet examen, mais elle ne peut pas être concluante. Inversement, il n'appartient pas non plus au Membre plaignant de déterminer à lui seul ce qui constitue la mesure prise pour se conformer. C'est plutôt au groupe spécial lui-même qu'il revient de déterminer l'étendue de sa compétence.¹⁰² Cette détermination, comme toutes les déterminations faites par un groupe spécial, doit être établie sur la base d'un examen objectif de tous les faits pertinents.¹⁰³

⁹⁸ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 11.

⁹⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 13; voir aussi la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 4. À la réunion du Groupe spécial avec les parties, les États-Unis ont confirmé qu'à leur avis, la mesure prise pour se conformer était le règlement de 2013 et non la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble.

¹⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 36 (italique dans l'original).

¹⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 36.

¹⁰² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 73.

¹⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 205.

7.20. À notre avis, les États-Unis ont raison d'affirmer que le règlement final de 2013 constitue, à strictement parler, leur "mesure prise pour se conformer". Le règlement final de 2013 est, pour employer les mots de l'Organe d'appel, précisément l'instrument juridique adopté par les États-Unis "*dans le sens d'une mise en conformité ou dans le but de parvenir à la mise en conformité*" avec les décisions et recommandations de l'ORD dans la procédure initiale.¹⁰⁴ Comme nous l'avons déjà indiqué, à la fin de la procédure initiale, l'Organe d'appel a constaté que la "mesure concernant le thon", définie comme étant constituée de la loi, du règlement et de la décision *Hogarth*, était "incompatible[]" avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*".¹⁰⁵ Le règlement final de 2013, qui modifie des aspects du règlement initial, est la mesure "prise" par les États-Unis pour corriger cette incompatibilité avec les règles de l'OMC. C'est précisément en apportant au règlement certaines modifications inscrites dans le règlement final de 2013 que les États-Unis cherchent à remédier à l'illicéité que le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont relevée s'agissant de la mesure initiale concernant le thon *dans son ensemble*. En tant que modification réglementaire, le règlement final de 2013 est intégré dans la mesure initiale concernant le thon dans le but précis de corriger cette mesure, que l'ORD a jugée incompatible avec le droit de l'OMC.

7.21. En tant que nation souveraine, les États-Unis sont évidemment libres de se mettre en conformité avec une décision de l'ORD de la manière dont ils le souhaitent, quelle qu'elle soit. Des groupes spéciaux ont reconnu à maintes reprises que, "au premier chef... il rev[enait] [au défendeur] de déterminer les modalités de mise en œuvre [d'une] recommandation[.]".¹⁰⁶ De fait, l'article 21:3 du Mémoire d'accord reconnaît qu'un Membre peut se mettre en conformité sur la base de ses propres "intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de [l'ORD]" et conformément à celles-ci. Le rôle d'un groupe spécial dans une procédure au titre de l'article 21:5 ne consiste donc pas à déterminer si la manière choisie par un Membre pour se mettre en conformité est, en tout état de cause, la "meilleure", mais plutôt à procéder à une "évaluation objective"¹⁰⁷ de la question de savoir si la solution effectivement adoptée par le Membre défendeur est suffisante pour rendre sa mesure conforme à l'Accord sur l'OMC.

7.22. Cela étant dit, nous ne pensons pas que la manière dont un Membre choisit de se mettre en conformité avec les décisions et recommandations de l'ORD limite ou circonscrit nécessairement la compétence d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord s'agissant d'évaluer si la mise en conformité a été assurée. À notre avis, la question primordiale pour un tel groupe spécial est toujours de savoir si la mesure que l'ORD a jugée incompatible avec une ou plusieurs obligations au titre de l'Accord sur l'OMC a été rendue conforme de façon à ce qu'elle ne soit plus incompatible avec les règles de l'OMC. Ainsi, lorsque, par exemple, un Membre modifie un aspect ou élément d'une mesure que l'ORD a précédemment jugée incompatible avec les règles de l'OMC dans son intégralité, un groupe spécial agissant au titre de l'article 21:5 n'a pas à se limiter à évaluer uniquement la compatibilité avec les règles de l'OMC de l'aspect ou élément modifié. En fait, ce groupe spécial continue d'avoir pour tâche d'évaluer si un Membre a ou non rendu sa mesure tout entière – c'est-à-dire la mesure que l'ORD a jugée incompatible avec les règles de l'OMC – conforme au droit de l'OMC, y compris au moyen ou par le biais de la modification apportée à l'aspect ou élément particulier. Dans la présente procédure, la tâche du Groupe spécial consiste non pas uniquement à déterminer si le règlement final de 2013 est en lui-même compatible avec les règles de l'OMC, mais plutôt, et plus fondamentalement, à évaluer si, au moyen ou par le biais du règlement final de 2013, les États-Unis sont parvenus à rendre la mesure concernant le thon dans son ensemble, en tant que mesure jugée par l'Organe d'appel incompatible avec les règles de l'OMC dans la procédure initiale, conforme à l'Accord sur l'OMC.

7.23. Il s'ensuit que sa constatation selon laquelle la "mesure prise pour se conformer" est le règlement final de 2013 n'empêche aucunement le Groupe spécial d'examiner la question plus générale de savoir si les modifications apportées à la mesure initiale, y compris le nouveau règlement final de 2013, sont maintenant conformes aux règles de l'OMC. Pour ce faire, le Groupe

¹⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 66 (italique dans l'original).

¹⁰⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 299.

¹⁰⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 8.11. Voir aussi, par exemple, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tôles en acier*, paragraphe 8.8 ("il appartient, en premier lieu, au Membre concerné de décider du choix du moyen de mise en œuvre"); le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 6.43 ("[L]es Membres ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer la manière de rendre une mesure jugée incompatible avec les règles de l'OMC conforme aux obligations découlant de l'OMC").

¹⁰⁷ Article 11 du Mémoire d'accord.

spécial doit nécessairement examiner non seulement la teneur du règlement final de 2013 lui-même, mais aussi la manière dont celui-ci interagit (ou n'interagit pas) avec les autres éléments constitutifs de la mesure modifiée concernant le thon.

7.24. Par conséquent, nous concluons que notre rôle dans la présente procédure ne se limite pas à évaluer la compatibilité du règlement final de 2013 avec les règles de l'OMC. Nous devons plutôt déterminer si la mesure modifiée concernant le thon, y compris le règlement final de 2013, met les États-Unis en conformité avec l'Accord sur l'OMC.¹⁰⁸

7.25. Une question supplémentaire, bien que connexe, que nous devons aborder avant d'examiner le bien-fondé de l'argumentation du Mexique concerne le champ d'une procédure au titre de l'article 21:5 – ou, autrement dit, le type d'allégations qui peuvent être formulées contre le règlement final de 2013 et la mesure modifiée concernant le thon de façon plus générale. Selon les États-Unis, "dans les rapports au titre de l'article 21:5 publiés par l'Organe d'appel et des groupes spéciaux, une distinction a constamment été établie entre les allégations formulées contre les éléments nouveaux d'une mesure prise pour se conformer et les éléments qui étaient *inchangés* par rapport à la mesure initiale. Il a été maintes fois constaté dans ces rapports que le mandat d'un groupe spécial de la mise en conformité n'incluait pas le réexamen de la compatibilité avec les règles de l'OMC d'un aspect *inchangé* qui n'avait pas été jugé incompatible avec les règles de l'OMC dans ce différend".¹⁰⁹ Les États-Unis rappellent que, en règle générale, les procédures au titre de l'article 21:5 ne doivent pas donner aux plaignants une "seconde occasion inéquitable en ce qui concerne des allégations pour lesquelles ils n'ont pas eu gain de cause dans la procédure initiale", car cette occasion serait incompatible avec à la fois la nécessité d'un "règlement rapide des différends"¹¹⁰ et, peut-être surtout, les droits du défendeur en matière de régularité de la procédure.¹¹¹ En outre, ils préviennent qu'autoriser le Mexique à contester des aspects inchangés de la mesure modifiée concernant le thon menacerait la finalité des décisions et recommandations de l'ORD et compromettrait l'acceptation sans condition des rapports de l'Organe d'appel adoptés qui est exigée des Membres par l'article 17:14 du Mémoire d'accord.¹¹²

7.26. Appliquant ces principes aux faits de la cause en l'espèce, les États-Unis avancent l'argument ci-après dans leur première communication écrite¹¹³:

L'allégation tout entière du Mexique au titre de l'article 2.1 repose sur la thèse selon laquelle au moins un des éléments ci-après n'est pas impartial: 1) la distinction quant à l'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* entre les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins d'une manière compatible avec l'AIDCP et les produits du thon contenant du thon capturé au moyen d'autres méthodes de pêche; 2) la distinction entre les prescriptions différentes concernant l'enregistrement des données et la vérification applicables au thon capturé à l'intérieur

¹⁰⁸ Le Groupe spécial note que cette approche est analogue à celle qui a été suivie par le Groupe spécial (et n'a pas été infirmée par l'Organe d'appel) dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* (article 21:5 – Canada). Dans cette affaire, le Groupe spécial a précisé que la portée des procédures au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord ne se limitait pas uniquement aux mesures explicitement prises pour mettre en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD. En revanche, la compétence d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 s'étendait aux mesures ou instruments qui étaient "étroitement liés" et "inextricablement liés" à la mesure prise en réponse à une décision défavorable de l'ORD: rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux IV* (article 21:5 – Canada), paragraphes 4.38 à 4.48. À notre avis, le même raisonnement s'applique avec la même force en l'espèce. On peut dire que le règlement final de 2013 est "étroitement lié" ou "inextricablement lié" à la mesure concernant le thon dans son ensemble parce que, comme il est expliqué plus haut, il a été adopté par les États-Unis précisément pour rendre la mesure concernant le thon dans son ensemble conforme à la décision de l'ORD selon laquelle elle (c'est-à-dire, la mesure concernant le thon dans son ensemble) était incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC. Par conséquent, le règlement final de 2013 n'est pas autonome, mais revêt une importance juridique uniquement en tant qu'élément de la mesure modifiée concernant le thon, qui, comme nous l'avons expliqué, est la mesure dont nous sommes chargés d'examiner la compatibilité avec les règles de l'OMC dans la présente procédure.

¹⁰⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 170.

¹¹⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 170 et 208 (faisant valoir que si les Membres étaient autorisés à contester des aspects inchangés d'une mesure dans une procédure au titre de l'article 21:5, ils seraient effectivement "autorisés à formuler, et formuler de nouveau, des arguments encore et encore – sans limite").

¹¹¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 171 et 207.

¹¹² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 208.

¹¹³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 204 et 205.

et à l'extérieur de l'ETP; et 3) la distinction entre les prescriptions différentes concernant les observateurs applicables aux navires pêchant à l'intérieur et à l'extérieur de l'ETP. Selon le Mexique, si l'un quelconque de ces trois éléments n'était pas impartial, l'effet préjudiciable dont l'existence a déjà été constatée dans la procédure initiale dénoterait une discrimination, et l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 serait admise.

Or, ces trois éléments sont inchangés par rapport à la mesure initiale et l'Organe d'appel n'a pas considéré que l'un quelconque d'entre eux prouvait que la mesure initiale était discriminatoire. La seule distinction réglementaire dont l'Organe d'appel a constaté qu'elle n'était pas impartiale était la prescription selon laquelle les produits du thon contenant du thon capturé dans l'ETP n'étaient pas admissibles au bénéfice du label dans le cas où un dauphin avait été tué ou gravement blessé alors que les produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP pouvaient arborer ce label dans le cas où un dauphin avait été tué ou gravement blessé. C'est cette distinction que vise le règlement final de 2013.

7.27. Pour l'essentiel, l'argument des États-Unis est que les trois éléments ou aspects de la mesure modifiée concernant le thon sur laquelle le Mexique fonde ses allégations – les prescriptions en matière d'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* ou ce qu'il est convenu d'appeler la distinction admission/exclusion¹¹⁴, les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification¹¹⁵, et les prescriptions différentes concernant les observateurs ou la certification¹¹⁶ – sont tous inchangés par rapport à la mesure initiale et que, comme aucun de ces éléments n'a été jugé incompatible avec les règles de l'OMC par l'Organe d'appel dans la procédure initiale, le Mexique ne peut pas formuler d'allégations concernant ces éléments dans la présente procédure.

7.28. À l'appui de leur argument concernant la portée des décisions et recommandations de l'Organe d'appel, les États-Unis invoquent les paragraphes 289 à 292 et 298 du rapport de l'Organe d'appel. Au paragraphe 298, l'Organe d'appel a dit ce qui suit:

[À] notre avis, les États-Unis n'ont pas justifié le caractère non discriminatoire au regard de l'article 2.1 des différentes prescriptions qu'ils appliquaient au thon capturé par encerclement des dauphins à l'intérieur de l'ETP et au thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP pour l'accès à leur label *Dolphin Safe*.

7.29. Précédemment, au paragraphe 284, l'Organe d'appel avait constaté ce qui suit:

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.

7.30. Selon les États-Unis, ces déclarations montrent que l'Organe d'appel a uniquement trouvé à redire aux prescriptions concernant la certification différentes imposées au thon capturé par encerclement des dauphins, d'une part, et au thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part. L'Organe d'appel "n'a donc pas considéré que l'une quelconque des nombreuses autres distinctions réglementaires figurant dans la mesure initiale" – spécifiquement, en ce qui concernait le repérage, la vérification et les observateurs – "prouvait que la mesure était discriminatoire".¹¹⁷

7.31. Le Mexique rejette l'argument des États-Unis concernant la compétence du Groupe spécial pour un certain nombre de motifs connexes. Premièrement, il soutient que les constatations de l'Organe d'appel – et, de ce fait, les décisions et recommandations de l'ORD – étaient "générales", et s'appliquaient aux "dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*"

¹¹⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 4 du Groupe spécial, paragraphe 14.

¹¹⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 4 du Groupe spécial, paragraphe 15.

¹¹⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 4 du Groupe spécial, paragraphe 16.

¹¹⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 213.

considérées dans leur "intégralité".¹¹⁸ Deuxièmement, il affirme que la mesure modifiée concernant le thon est "en principe une mesure nouvelle et différente" de celle dont le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel étaient saisis¹¹⁹, de sorte que "le Groupe spécial devrait se concentrer sur [la mesure] dans son ensemble et non sur les éléments constituant cette mesure".¹²⁰ Enfin, il fait valoir que les États-Unis ont tort de qualifier d'"inchangés" des aspects de la mesure modifiée concernant le thon. Selon lui, des changements importants ont en fait été apportés aux dispositions de la mesure concernant le repérage et la vérification ainsi que la surveillance par des observateurs.¹²¹

7.32. À notre avis, le postulat fondamental des États-Unis – à savoir que "[l]a seule distinction réglementaire dont l'Organe d'appel a constaté qu'elle n'était pas impartiale était la prescription selon laquelle les produits du thon contenant du thon capturé dans l'ETP n'étaient pas admissibles au bénéfice du label dans le cas où un dauphin avait été tué ou gravement blessé alors que les produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP pouvaient arborer ce label dans le cas où un dauphin avait été tué ou gravement blessé"¹²², et que l'Organe d'appel n'a pas constaté qu'un quelconque autre aspect de la mesure était incompatible avec les règles de l'OMC – est erroné. Ni le rapport du Groupe spécial initial ni le rapport de l'Organe d'appel ne sont limités comme le suggèrent les États-Unis.

7.33. En fait, l'Organe d'appel a constaté que la mesure initiale concernant le thon dans son ensemble n'était pas impartiale parce que même si le système réglementaire tenait pleinement compte des dommages causés par l'encerclement des dauphins, il ne tenait pas compte de manière adéquate des dommages causés par d'autres méthodes de pêche au thon. Il n'a pas dit qu'un quelconque élément particulier du système réglementaire imposé aux navires autres que les navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP était l'unique responsable de ce manque d'impartialité. Au contraire, le système réglementaire tout entier était insuffisant pour remédier à ce que le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel considéraient comme étant les risques très réels que présentaient pour les dauphins les méthodes de pêche autres que l'encerclement. C'est ce manque global d'"impartialité" que l'Organe d'appel a jugé incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC, et, selon notre interprétation des raisons de l'Organe d'appel, ce manque d'"impartialité" a en dernière analyse été jugé caractéristique du système tout entier mis en place par la mesure initiale concernant le thon. En d'autres termes, c'est la mesure concernant le thon dans son ensemble, avec ses prescriptions réglementaires différentes, qui a été jugée incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.34. Nous avons déjà expliqué que la recommandation faite à l'ORD par l'Organe d'appel faisait référence à la "mesure" des États-Unis – c'est-à-dire la mesure concernant le thon tout entière plutôt qu'un aspect ou élément particulier de celle-ci. Comme il est indiqué plus haut, au paragraphe 299 de son rapport, l'Organe d'appel a explicitement conclu que "les *dispositions* des États-Unis en matière d'étiquetage Dolphin Safe accord[ai]ent 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, et [étaient], par conséquent, incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC"¹²³; et à la fin de son rapport, il a recommandé que l'ORD demande aux États-Unis de "rendre leur *mesure*" conforme au droit de l'OMC.¹²⁴

7.35. Nous ne pensons pas que les passages du rapport de l'Organe d'appel cités par les États-Unis étayent leur affirmation. Au contraire, nous considérons qu'en faisant référence au pluriel à la "différence dans les conditions d'étiquetage" (paragraphe 284) et aux "différentes prescriptions" (paragraphe 298), l'Organe d'appel faisait référence de manière générale aux prescriptions différentes que la mesure concernant le thon imposait, d'une part, pour le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et, d'autre part, pour le thon capturé ailleurs que dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.

¹¹⁸ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphes 89 et 91.

¹¹⁹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 89.

¹²⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 93.

¹²¹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 95.

¹²² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 205 (pas d'italique dans l'original).

¹²³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 299 (pas d'italique dans l'original).

¹²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 408 (pas d'italique dans l'original).

7.36. Nous faisons observer que l'Organe d'appel a pris soin d'employer le pluriel d'un bout à l'autre de son raisonnement, y compris dans ses constatations juridiques et ses conclusions générales. Ainsi, dans la section intitulée "Conclusion au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC", l'Organe d'appel a dit:

[À] notre avis, les États-Unis n'ont pas justifié le caractère non discriminatoire au regard de l'article 2.1 des différentes prescriptions qu'ils appliquaient au thon capturé par encerclement des dauphins à l'intérieur de l'ETP et au thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP pour l'accès à leur label *Dolphin Safe*. Ils n'ont donc pas démontré que l'effet préjudiciable de leur mesure sur les produits du thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.37. Là encore, l'Organe d'appel a employé le terme "prescriptions" au pluriel. Selon nous, cela indique clairement qu'il n'était pas préoccupé uniquement par les certifications différentes exigées à l'intérieur et à l'extérieur de l'ETP. S'il en avait été ainsi, il aurait pu parler de la "prescription" différente au singulier, et il l'aurait effectivement fait. L'emploi du pluriel indique que les constatations de l'Organe d'appel ne se limitaient pas à la différence relative à la prescription concernant la certification, mais englobaient d'autres différences incorporées dans la mesure initiale concernant le thon, y compris en ce qui concerne le repérage, la vérification et les observateurs.¹²⁵

7.38. Il est 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 est de l'accès au label *Dolphin Safe*. Cela pouvait fort bien être la conséquence de la façon dont les parties avaient fait valoir leurs arguments. En tout état de cause, comme le Japon l'a dit dans sa communication en tant que tierce partie, dans leur tentative visant à limiter la compétence du présent Groupe spécial, les États-Unis confondent "la conclusion de l'Organe d'appel avec les raisons particulières qui ont constitué la base de cette conclusion".¹²⁶ Ces raisons sont évidemment essentielles pour notre analyse dans la présente procédure, mais elles ne restreignent pas notre capacité d'examiner des allégations ayant trait à d'autres aspects de la mesure concernant le thon, qui, du fait des conclusions générales de l'Organe d'appel, nous sont soumises à bon droit. Comme le Japon l'indique dans sa communication en tant que tierce partie, "dans la mesure où la mesure modifiée continuerait d'accorder un traitement moins favorable aux produits du thon mexicains" – pour les raisons indiquées par l'Organe d'appel ou pour toute autre raison –, "les États-Unis ne se seraient pas pleinement conformés aux recommandations et décisions de l'ORD".¹²⁷

7.39. À notre avis, le Mexique a raison de dire que même si les conditions que la mesure modifiée concernant le thon impose pour le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP sont formellement inchangées, le règlement final de 2013 peut avoir modifié *l'importance et la portée juridiques* de ces conditions, ce qui veut dire que nous ne pouvons pas simplement présumer que les aspects pertinents de la mesure sont véritablement – c'est-à-dire d'une manière juridiquement significative – inchangés. De fait, des rapports antérieurs de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ont donné à entendre que dans des affaires comme

¹²⁵ Nous notons que dans son raisonnement, l'Organe d'appel a fait référence au "thon capturé par encerclement des dauphins" dans l'ETP. Toutefois, nous notons aussi que le thon capturé par encerclement des dauphins est toujours et en toutes circonstances *inadmissible* au bénéfice du label *Dolphin Safe*. Ce thon ne peut pas être considéré comme étant assujéti à de quelconques "conditions" "prescriptions en matière d'étiquetage" étant donné qu'il n'y a ni conditions ni prescriptions aux termes desquelles ce thon serait un jour admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* des États-Unis. Par conséquent, nous considérons qu'en faisant référence au "thon capturé par encerclement des dauphins", l'Organe d'appel fait référence à l'ensemble du système réglementaire suivant lequel le thon capturé par encerclement des dauphins est identifié et empêché d'obtenir le label. Ce système inclut nécessairement non seulement la prescription de fond concernant la certification, mais aussi les différentes obligations en matière de documentation qui l'étaient. C'est uniquement par le biais de ces obligations – repérage, vérification et observateurs – que les importateurs de thon peuvent montrer qu'ils ont respecté le critère de fond (c'est-à-dire qu'aucun filet n'a été délibérément utilisé pour encercler des dauphins et qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé). Les différences dans les prescriptions en matière d'étiquetage comprennent donc à la fois le critère de fond concernant la certification et les mécanismes par lesquels le respect de ce critère est surveillé et démontré. Cette interprétation du raisonnement de l'Organe d'appel est compatible avec sa constatation générale selon laquelle, comme nous l'avons mentionné, la "mesure" initiale concernant le thon dans son ensemble a été jugée incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

¹²⁶ Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 20.

¹²⁷ Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphe 19.

celle qui nous occupe, où une mesure jugée incompatible dans la procédure initiale est révisée au lieu d'être abrogée ou complètement recrée, cette révision "transforme" la mesure initiale, de sorte que la mesure modifiée "dans son intégralité"¹²⁸ est considérée à juste titre comme étant une "mesure nouvelle et différente".¹²⁹ Par conséquent, même si les prescriptions concernant le repérage et la vérification ainsi que la certification (observateur) qui s'appliquent au thon capturé dans l'ETP peuvent être formellement inchangées, la mise en place du règlement final de 2013 a créé un nouvel ensemble de relations juridiques entre les diverses parties de la mesure modifiée concernant le thon, de sorte que même des éléments formellement inchangés peuvent, dans le contexte de la mesure modifiée, établir un nouvel ensemble de circonstances juridiques et qu'il serait donc erroné de les considérer comme "inchangés" d'un point de vue juridique.

7.40. Nous rejetons également l'affirmation des États-Unis selon laquelle les arguments du Mexique relatifs aux prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification ainsi que les observateurs "sont clairement distincts de la mesure prise par les États-Unis pour se conformer". Cette mesure (c'est-à-dire le règlement final de 2013) se rapporte directement aux déclarations ou certifications de fond qui doivent être faites avant que le thon capturé puisse bénéficier du label *Dolphin Safe*. Or, les prescriptions concernant le repérage et la vérification ainsi que les observateurs se rapportent directement à la question de la fiabilité de ces certifications. Dans la mesure où l'objectif de la mesure concernant le thon reste, entre autres choses, la communication de renseignements exacts aux consommateurs, les mécanismes de repérage et de vérification sont des aspects centraux de la mesure concernant le thon, qui fonctionnent de concert avec les prescriptions de fond concernant la certification de façon à ce que des renseignements exacts sur le statut *Dolphin Safe* de telle ou telle capture de thon soient communiqués aux consommateurs. Par ailleurs, nous notons que le règlement de 2013 lui-même porte sur des situations dans lesquelles une certification indépendante par un observateur peut être exigée. En d'autres termes, ce règlement traite directement d'un aspect de la mesure dont les États-Unis allèguent qu'il est "dissociable".¹³⁰ Dans ces circonstances, nous ne pouvons pas convenir que les prescriptions concernant le repérage et la vérification sont "dissociables" des règles en matière de certification figurant dans le règlement final de 2013.

7.41. En résumé, nous ne partageons pas l'avis des États-Unis selon lequel le règlement final de 2013 est dissociable du reste de la mesure concernant le thon simplement parce qu'il ne modifie aucune prescription préexistante, mais par contre ajoute de nouvelles prescriptions. À notre avis, le règlement final de 2013 n'est pas une mesure autonome, mais fait partie intégrante de la mesure modifiée concernant le thon. Dans la mesure où il interagit avec cette mesure et en fait effectivement partie intégrante, le fait qu'il ajoute de nouvelles prescriptions au lieu de modifier des prescriptions préexistantes est sans importance, et n'a certainement pas pour effet de soustraire à notre compétence le reste de la mesure concernant le thon, qui faisait l'objet des décisions et recommandations de l'ORD.¹³¹

7.42. En constatant que nous avons compétence pour examiner toutes les allégations du Mexique, nous ne laissons pas entendre que nous sommes habilités à réexaminer l'ensemble des circonstances factuelles et juridiques de l'affaire *de novo*. Nous sommes entièrement d'accord avec l'Union européenne pour dire que lorsque le Groupe spécial initial ou l'Organe d'appel a formulé une constatation sur la base de certains faits et éléments de preuve, et lorsque les faits et/ou éléments de preuve sur la base desquels cette constatation a été formulée sont inchangés, nous ne devrions pas réévaluer la question depuis le début, mais plutôt nous reporter à la constatation formulée précédemment et nous appuyer dessus.¹³² Cela ne revient pas à dire, comme le font les États-Unis, que ces points ne relèvent pas de notre compétence. Au contraire, nous sommes d'avis que ces questions relèvent effectivement de notre compétence, mais que nous devrions respecter les constatations pertinentes formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure

¹²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphe 87.

¹²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (article 21:5 – CE)*, paragraphe 432; rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 36.

¹³⁰ Voir par exemple la réponse des États-Unis à la question n° 4 du Groupe spécial, paragraphe 16.

¹³¹ De fait, comme nous l'avons affirmé plus haut, dans des situations comme celle qui nous occupe en l'espèce, la frontière entre l'ajout de nouvelles prescriptions à un système réglementaire et la modification d'aspects préexistants de ce système est très ténue et peut être illusoire, étant donné qu'un instrument qui ajoute de nouvelles prescriptions aura nécessairement pour effet de modifier des prescriptions préexistantes dans la mesure où les secondes interagissent avec les premières.

¹³² Communication de l'Union européenne en tant que tierce partie, paragraphe 21.

initiale, qu'elles soient factuelles ou juridiques, afin de préserver la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral.

7.43. Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que la question de droit dont nous sommes saisis dans la présente procédure est celle de savoir si la mesure modifiée concernant le thon, y compris le règlement final de 2013, met les États-Unis en conformité avec le droit de l'OMC. Nous constatons que nous avons compétence pour examiner toutes les allégations du Mexique, y compris celles qui se rapportent aux critères d'admissibilité et aux prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification.

7.4 Charge et critère de la preuve applicables dans la présente procédure

7.4.1 Charge de la preuve

7.44. Tout d'abord, nous rappelons le principe fondamental suivant¹³³:

[L]a charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption.

7.45. Dans des différends concernant le GATT de 1994 dans lesquels l'article XX est invoqué, il appartient à la partie plaignante de montrer qu'il y a eu infraction à une ou plusieurs dispositions de cet accord. Si le plaignant y parvient, alors la charge de la preuve se déplace vers le défendeur, qui doit soit réfuter la démonstration de l'existence d'une violation, soit montrer que la violation constatée est néanmoins justifiée au regard de l'une des exceptions générales ou exceptions concernant la sécurité prévues aux articles XX et XXI.

7.46. Toutefois, il apparaît que l'attribution appropriée de la charge de la preuve au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC est un peu moins claire. Il est particulièrement important dans la présente procédure que nous nous assurions d'appliquer la charge de la preuve appropriée parce que, comme les deux parties le reconnaissent, les éléments de preuve factuels pertinents sont très controversés et, en ce qui concerne quelques-unes des questions en litige, peu nombreux. En particulier, il apparaît qu'il y a 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'ETP¹³⁴, ce qui peut avoir des conséquences importantes pour l'analyse du Groupe spécial.

7.47. Nous commençons par rappeler que, au titre de l'article 2.1, il sera constaté qu'un règlement technique accorde aux produits importés un "traitement moins favorable" dans le cas où a) il modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits importés; et b) cette modification préjudiciable des conditions de concurrence ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Nous examinons le critère juridique au titre de l'article 2.1 de façon plus détaillée plus loin.¹³⁵ Pour le moment, ce que nous devons examiner, c'est *lequel* de ces deux éléments telle ou telle partie a la charge de démontrer.

7.48. L'Organe d'appel a explicitement examiné l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Premièrement, dans la procédure initiale en l'espèce, il a dit ce qui suit:

Dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le plaignant doit prouver son allégation en démontrant que 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. S'il réussit à le faire, par exemple en fournissant des éléments de preuve et arguments suffisants pour démontrer que la mesure n'est pas impartiale, cela donnerait à penser que la mesure est incompatible

¹³³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

¹³⁴ R. Charles Anderson, *Cetaceans and Tuna Fisheries in the Central and Western Indian Ocean* (ITNLF Technical Report No. 2, 2014) (pièce MEX-161), page 39.

¹³⁵ Voir plus loin la section 7.5.1.

avec l'article 2.1. 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 2.1.¹³⁶

7.49. Dans l'affaire *États-Unis – EPO*, l'Organe d'appel a une fois de plus exposé la charge de la preuve au titre de l'article 2.1. Il a expliqué ce qui suit:

[C]omme pour toutes les allégations affirmatives, c'était à la partie plaignante qu'il incombait de montrer que le traitement accordé aux produits importés était moins favorable que celui qui était accordé aux produits nationaux similaires. Dans les cas où la partie plaignante s'est acquittée de la charge de fournir des éléments *prima facie*, il appartient alors à la partie défenderesse de réfuter cette démonstration. Si, par exemple, le plaignant présente des éléments de preuve et des arguments montrant que la mesure est conçue et/ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable pour le groupe des produits importés et n'est donc pas impartiale, cela indiquerait que la mesure est incompatible avec l'article 2.1. Toutefois, si le défendeur montre que l'incidence 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 2.1.¹³⁷

7.50. Nous considérons que ces passages indiquent qu'un plaignant a la charge de démontrer qu'une mesure contestée modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent (c'est-à-dire le marché pertinent du Membre défendeur) au détriment des produits en provenance du Membre plaignant.¹³⁸ Comme il est indiqué plus haut, ce critère doit *toujours* être respecté avant que l'existence d'une violation de l'article 2.1 puisse être constatée, qu'il soit allégué que cette violation est *de facto* ou *de jure*. Ce qui est pour nous moins clair, c'est si c'est au plaignant ou au défendeur qu'incombe la charge de démontrer, dans un premier temps, que l'effet préjudiciable dont l'existence a été établie par le plaignant découle (ou ne découle pas) exclusivement d'une distinction réglementaire légitime parce qu'il est (ou n'est pas) impartial.¹³⁹

7.51. Notre incertitude tient à la raison suivante. Dans les passages cités plus haut, l'Organe d'appel a indiqué qu'un plaignant était censé démontrer *prima facie* que la mesure contestée "[était] conçue et/ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable pour le groupe des produits importés et n'[était] donc pas impartiale", mais qu'une fois cette démonstration faite, la charge se déplaçait vers le défendeur, qui devait démontrer que l'effet préjudiciable découlait en fait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Toutefois, l'Organe d'appel a également expliqué qu'au moment d'analyser si un traitement préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, un groupe spécial devait examiner attentivement si ce traitement "dénot[ait] une discrimination", ce qui revenait "en définitive ... [à] savoir si la mesure [était] impartiale".¹⁴⁰ En particulier, bien qu'il semble clair que le plaignant doit montrer l'existence d'un traitement préjudiciable, nous ne savons pas très bien si le plaignant doit *également* montrer que ce traitement ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, ou si c'est plutôt le *défendeur* qui doit montrer *prima facie* que le traitement préjudiciable découle *bel et bien* exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. En d'autres termes, incombe-t-il au plaignant de montrer dans un premier temps que les étapes a) et b) du critère prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC sont respectées, ou doit-il simplement montrer que l'étape a) est respectée, après quoi la charge se déplace vers le défendeur, qui doit montrer que l'étape b) est respectée?

7.52. En vue de déterminer l'attribution appropriée de la charge de la preuve au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a demandé aux parties et aux tierces parties de

¹³⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 216.

¹³⁷ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 272.

¹³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215.

¹³⁹ À cet égard, et comme nous l'expliquons plus en détail dans notre analyse du critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous notons que, du moins dans les affaires où le traitement préjudiciable est *de facto*, le Groupe spécial doit examiner si ce traitement découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime au lieu de dénoter une discrimination: voir par exemple le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182.

¹⁴⁰ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 328.

formuler des observations sur les passages des rapports de l'Organe d'appel cités plus haut.¹⁴¹ Les États-Unis et le Mexique sont convenus que "c'[était] au plaignant qu'incomb[ait] la charge initiale d'établir des éléments *prima facie* en ce qui concerne tous les éléments de son allégation au titre de l'article 2.1", et que cela voulait dire que "le plaignant [était] tenu d'établir *prima facie* que: i) la mesure en cause modifi[ait] les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits importés par rapport aux produits nationaux similaires et aux produits similaires originaires de tout autre Membre; et ii) que cet effet préjudiciable dénot[ait] une discrimination à l'égard des produits importés et, par conséquent, ne découl[ait] pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".¹⁴²

7.53. Fait intéressant, plusieurs tierces parties étaient en désaccord avec les parties, et ont affirmé que la charge de la preuve devrait être attribuée au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC comme elle l'était au titre des articles III:4 et XX du GATT de 1994.¹⁴³

7.54. Le Canada a estimé que les passages cités plus haut "n'indiqu[ai]ent pas clairement à qui incombait la charge de la preuve initiale".¹⁴⁴ Après avoir examiné la manière dont la charge de la preuve était attribuée au titre des articles III:4 et XX du GATT de 1994 et avoir rappelé le lien étroit que l'Organe d'appel avait établi entre ces articles et l'article 2.1 de l'Accord OTC, il a déclaré qu'"[i]l n'y [avait] aucune raison logique ou conceptuelle pour que cet équilibre ne transparaisse pas aussi dans l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 2.1. Qui plus est, il n'y [avait] rien dans le texte ou le contexte de l'article 2.1 qui fai[sait] obstacle à cette approche interprétative".¹⁴⁵ Il a donc conclu que dans le contexte:

[D']une allégation de traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, il [était] raisonnable de s'attendre à ce que la partie plaignante ait la charge d'établir *prima facie* que le règlement technique modifi[ait] les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits similaires importés. Dans les cas où la partie plaignante s'[était] acquittée de la charge de fournir des éléments *prima facie*, il appartiendrait alors à la partie défenderesse de réfuter ces éléments *prima facie* en démontrant que l'effet préjudiciable [était] justifié parce qu'il découl[ait] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.¹⁴⁶

¹⁴¹ Question n° 58 du Groupe spécial. Dans cette question, le Groupe spécial a cité les passages des affaires *États-Unis – Thon II (Mexique)* et *États-Unis – EPO* susmentionnés, et a demandé aux parties d'expliquer "les répercussions de [ces déclarations] sur l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC".

¹⁴² Réponse du Mexique à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 157. Voir aussi la réponse des États-Unis à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphes 284 et 285. Voir aussi les observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 192 ("Il apparaît que le Mexique et les États-Unis s'accordent à reconnaître que c'est au Mexique qu'incombe la charge initiale d'établir des éléments *prima facie* en ce qui concerne tous les éléments de son allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Il n'y a pas de controverse sur le fait que le Mexique doit présenter des éléments de preuve et arguments suffisants pour établir la présomption que, premièrement, la mesure modifiée concernant le thon modifie les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon importés en provenance du Mexique par rapport aux produits du thon similaires originaires des États-Unis ou des produits du thon similaires originaires de tout autre pays et, que, deuxièmement, cet effet préjudiciable dénote une discrimination arbitraire ou injustifiable parce que, par exemple, la mesure en cause est conçue ou appliquée d'une manière qui manque d'impartialité. De plus, les parties semblent reconnaître que la charge se déplace ensuite vers les États-Unis, qui doivent présenter des éléments de preuve et arguments suffisants pour réfuter les éléments *prima facie* établis par le Mexique"); les observations des États-Unis sur la réponse du Mexique à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 122 ("Le Mexique partage à juste titre l'avis des États-Unis selon lequel c'est au plaignant qu'incombe la charge initiale d'établir des éléments *prima facie* en ce qui concerne tous les éléments de son allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.") (mentions internes omises).

¹⁴³ Cependant, certaines tierces parties partageaient bien l'avis des parties: voir par exemple la réponse de l'Australie à la question n° 58 du Groupe spécial; la réponse du Japon à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 4 (reconnaissant, toutefois, qu'"il y a des considérations contradictoires qui laissent entrevoir des attributions différentes de la charge de la preuve": paragraphe 3).

¹⁴⁴ Réponse du Canada à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 1.

¹⁴⁵ Réponse du Canada à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 4.

¹⁴⁶ Réponse du Canada à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 6. Le Canada a ajouté ce qui suit: "Dans les cas où la partie défenderesse parvient à démontrer, au moyen d'éléments *prima facie*, que l'effet préjudiciable est justifié parce qu'il découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, la charge se déplacerait à nouveau vers la partie plaignante, qui devrait démontrer que la distinction

7.55. De même, dans sa réponse, l'Union européenne a observé que "pour interpréter et appliquer l'article 2.1 de l'Accord OTC en cas d'allégation de manquement *de facto* à l'obligation de traitement national, il faudrait garder à l'esprit que l'équilibre établi dans cette disposition n'[était] pas différent de l'équilibre établi dans les articles III:4 et XX du GATT" et a donc conclu que "certains aspects de la charge de la preuve incomber[aient] au Membre défendeur, tout comme c'[était] le cas au titre du GATT".¹⁴⁷

7.56. Après avoir rappelé que "le critère juridique visé à l'article 2.1 renferm[ait] le même équilibre que celui qui était visé aux deux articles du GATT"¹⁴⁸ – c'est-à-dire les articles III:4 et XX –, la Norvège a conclu que "la même charge de la preuve, ainsi que le même ordre de déplacement de la charge de la preuve, s'appliqu[ait] dans le cadre de l'article 2.1 de l'Accord OTC" et des articles III:4 et XX du GATT de 1994.¹⁴⁹

7.57. Enfin, la Nouvelle-Zélande pensait aussi que, même si la "partie plaignante [devait] présenter des éléments de preuve suffisants pour établir la présomption que la mesure [avait] une incidence défavorable sur les conditions dans lesquelles les produits importés concurren[çaient] les produits nationaux similaires sur le marché du Membre qui réglement[ait]"¹⁵⁰, il n'en demeurerait pas moins qu'une fois que cela était démontré, "la partie défenderesse [avait] la charge de démontrer qu'un effet préjudiciable quelconque découl[ait] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".¹⁵¹

7.58. Nous sommes conscients qu'il peut y avoir des raisons systémiques de privilégier une approche de la charge de la preuve qui imposerait à un plaignant de montrer *prima facie* qu'une mesure modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment de ses produits similaires (c'est-à-dire ceux du plaignant), mais imposerait au Membre défendeur la charge de montrer que cet effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Par exemple, d'aucuns pourraient craindre que le fait d'obliger un plaignant à prouver, dans un premier temps, à *la fois* qu'une mesure a un effet préjudiciable sur ses produits similaires *et* que cet effet ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime ait pour effet indésirable d'inciter à ne pas présenter d'allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Cela tiendrait au fait que des plaignants pourraient décider de ne pas présenter une allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC s'ils estiment 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.

7.59. Nonobstant ces considérations, étant donné que dans la présente procédure, les deux parties conviennent que c'est au Mexique qu'incombe la charge de montrer *prima facie à la fois* que la mesure modifiée concernant le thon modifie 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 dénote une discrimination parce qu'il ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime et n'est pas impartial, nous avons décidé d'adopter cette approche dans le reste de notre rapport. Le Groupe spécial sait bien qu'il n'est pas lié par les interprétations juridiques présentées par les parties ou les tierces parties¹⁵²; toutefois, dans le contexte de la présente procédure, où le Mexique lui-même a déclaré qu'il avait la charge plus lourde de montrer *prima facie* que les première et deuxième étapes du critère du "traitement moins favorable" prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC étaient respectées, nous pensons qu'il est prudent de suivre cette approche. Toutefois, si nous estimons à quelque moment que ce soit de notre analyse qu'une attribution différente de la charge de la preuve aboutirait ou pourrait aboutir à un résultat

réglementaire n'est pas impartiale, par exemple parce qu'elle est conçue et/ou appliquée de manière à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable."

¹⁴⁷ Résumé analytique intégré de l'Union européenne, paragraphe 35.

¹⁴⁸ Réponse de la Norvège à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 7.

¹⁴⁹ Réponse de la Norvège à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 8. Voir aussi le paragraphe 10 ("La Norvège considère que les déclarations de l'Organe d'appel citées dans la question du Groupe spécial expliquent que la charge de la preuve au titre de l'article 2.1 devrait être attribuée à peu près de la même manière qu'au titre des articles III:4 et XX du GATT de 1994.").

¹⁵⁰ Réponse de la Nouvelle-Zélande à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 3.

¹⁵¹ Réponse de la Nouvelle-Zélande à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 4.

¹⁵² Rapport de l'Organe d'appel CE – *Préférences tarifaires*, paragraphe 105 ("Conformément au principe *jura novit curia*, [les parties] n'ont pas la responsabilité de nous fournir l'interprétation juridique à donner d'une disposition particulière").

différent, nous l'indiquerons dans notre raisonnement, pour faire en sorte que l'Organe d'appel dispose de constatations de fait suffisantes au cas où il serait fait appel de cette question.

7.4.2 Critère de la preuve

7.60. Il est utile à ce stade de dire quelques mots au sujet du critère de la preuve, étant donné qu'à plusieurs reprises dans leurs communications, les États-Unis reprochent au Mexique de ne pas fournir d'éléments de preuve à l'appui de ses arguments relatifs au fonctionnement possible de la mesure modifiée concernant le thon.¹⁵³ En particulier, les États-Unis laissent entendre que les arguments du Mexique concernant la possibilité que le thon non-*Dolphin Safe* accède frauduleusement au label *Dolphin Safe* dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon reposent sur une "simple allégation".¹⁵⁴ Le Groupe spécial examinera les éléments de preuve présentés par les deux parties plus loin dans le contexte de l'évaluation du bien-fondé des allégations du Mexique et à la lumière de l'attribution de la charge de la preuve exposée plus haut. Pour l'instant, il mentionne quelques éléments généraux.

7.61. L'Organe d'appel a expliqué qu'en règle générale, "la quantité et la nature précises des éléments de preuve qui seront nécessaires pour établir [des éléments *prima facie*] varieront forcément d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre".¹⁵⁵ Il a également dit clairement à maintes reprises que les groupes spéciaux avaient un grand pouvoir discrétionnaire pour soupeser et analyser les éléments de preuve, et que ce pouvoir discrétionnaire incluait la prérogative à la fois "de décider quelles preuves il[s] choisi[ssaient] d'utiliser pour faire [leurs] constatations"¹⁵⁶ et "de déterminer quel poids accorder aux différents éléments de preuve qui [leur] [étaient] présentés par les parties".¹⁵⁷ En définitive, c'est le Groupe spécial qui a le pouvoir de décider si les éléments de preuve présentés sont suffisants pour établir le bien-fondé des allégations du Mexique (ainsi que de toutes explications ou tous moyens de défense présentés par les États-Unis).

7.62. De plus, l'Organe d'appel a précisé qu'aux termes de l'article 2.1 de l'Accord OTC, la tâche d'un groupe spécial consistait à "analyser minutieusement les circonstances propres à l'affaire, à savoir la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique".¹⁵⁸ Cette instruction a des répercussions sur le type d'éléments de preuve qu'un groupe spécial analysant une allégation au titre de l'article 2.1 peut exiger pour formuler ses constatations. Elle donne à penser que, surtout lorsqu'une allégation est formulée contre un règlement technique en tant que tel, et non tel qu'appliqué, il sera essentiel que le groupe spécial examine attentivement les particularités et caractéristiques objectives de la mesure. Elle donne également à penser que les éléments de preuve concernant le fonctionnement effectif de la mesure, bien qu'ils soient importants¹⁵⁹, peuvent ne pas être déterminants dans les affaires dans lesquelles il est allégué que la conception, la structure et les principes de base d'une mesure sont eux-mêmes discriminatoires.

7.63. Dans ce contexte, nous rappelons les indications de l'Organe d'appel selon lesquelles dans les affaires concernant des mesures contestées en tant que telles, il n'est peut-être pas nécessaire que le plaignant prouve que l'application d'une mesure, en fait, "se traduit ... par une violation ... pour *chaque* opération d'importation".¹⁶⁰ En même temps, lorsqu'un plaignant est en mesure de présenter des éléments de preuve clairs et convaincants indiquant que la conception, les principes de base et la structure révélatrice d'une mesure sont eux-mêmes discriminatoires, il n'est peut-être pas suffisant pour un défendeur de simplement montrer que, dans la pratique, l'application de la mesure ne s'est pas traduite dans tous les cas par l'octroi d'un traitement discriminatoire effectif aux produits importés.

¹⁵³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 247, 312 et 313; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 25, 37, 77, 99, 101, 102 et 196.

¹⁵⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 247.

¹⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

¹⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 135.

¹⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21.5 – Argentine)*, paragraphe 229.

¹⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 215.

¹⁵⁹ À cet égard, nous notons que l'Organe d'appel a enjoint aux groupes spéciaux d'examiner "la totalité des faits et circonstances" dans les affaires dont ils étaient saisis: rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 206.

¹⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Chaussures, textiles et vêtements*, paragraphe 62.

7.64. Nous notons que cette approche du critère de la preuve a été suivie récemment par l'Organe d'appel dans son rapport sur l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a souscrit à l'argument des plaignants selon lequel l'exception dite CI prévue par la mesure des Communautés européennes applicable aux produits dérivés du phoque était incompatible avec le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 parce que "des produits dérivés du phoque provenant de ce qui devrait, en fait, être qualifié dûment de chasses "commerciales" *pourraient potentiellement* entrer sur le marché de l'UE au titre de l'exception CI".¹⁶¹ Il n'a pas examiné s'il y avait eu des cas effectifs d'importation induite; il a plutôt axé son analyse sur la conception et la structure de la mesure. En fin de compte, il a constaté l'existence d'une violation sur la base des éléments de preuve concernant le *possible* fonctionnement incompatible avec les règles de l'OMC de la mesure, ainsi que des éléments de preuve indiquant qu'il n'y avait aucun moyen d'empêcher ou d'identifier ce fonctionnement.

7.65. En écrivant cela, nous n'entendons pas suggérer que le Mexique peut établir l'existence d'une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC *d'une manière négative*, c'est-à-dire que le Mexique n'a pas gain de cause simplement parce qu'il ne peut pas être démontré que la mesure en cause n'a *jamaïs* entraîné un traitement moins favorable. Au contraire, dans une affaire comme celle qui nous occupe, dans laquelle la discrimination alléguée est une discrimination *de facto* et non *de jure*¹⁶², le plaignant doit, conformément à la charge de la preuve, montrer *d'une manière positive* que la mesure est conçue ou appliquée d'une manière qui modifie de façon préjudiciable les conditions de concurrence. Pour établir ce fait, il doit présenter des éléments de preuve concernant la conception, les principes de base et la structure révélatrice de la mesure, et établir un lien entre ces aspects de la mesure et l'effet préjudiciable que, d'après ses allégations, ses importations subissent. Un plaignant, en particulier dans une affaire de discrimination *de facto*, ne peut pas simplement faire état de la mesure en cause et s'attendre ensuite à ce que le groupe spécial constate qu'il y a violation dans le cas où le défendeur ne montre pas que la mesure en cause *ne pourrait jamais* entraîner un manquement à une ou plusieurs obligations dans le cadre de l'OMC.¹⁶³ Dans des affaires de discrimination *de facto*, le plaignant doit fournir des éléments de preuve et arguments suffisants pour montrer pourquoi une mesure qui apparaît comme non discriminatoire à première vue accorde néanmoins dans les faits un traitement moins favorable aux produits importés d'une manière incompatible avec le droit de l'OMC. Cela ne veut pas dire, toutefois, que le plaignant est censé prouver qu'une mesure a toujours entraîné et entraînera toujours, pour chaque transaction, une discrimination.

7.66. Avant de conclure notre examen de la charge et du critère de la preuve, nous tenons à souligner que, comme l'Organe d'appel l'a affirmé à de nombreuses reprises, un groupe spécial "dispos[e] d'une marge discrétionnaire pour [son] évaluation des faits".¹⁶⁴ Un groupe spécial n'est "pas tenu[] d'attribuer aux éléments probants factuels des parties le même sens et le même poids que ce qu'elles leur donnent"¹⁶⁵; et, à condition qu'il fournisse des "explications motivées et adéquates"¹⁶⁶ concernant son traitement des éléments de preuve, un groupe spécial ne viole pas l'article 11 du Mémoire d'accord simplement parce que l'une des parties conteste son traitement des éléments de preuve ou aurait préféré qu'il parvienne à une conclusion différente.

7.67. Ayant exposé notre interprétation des règles relatives à la charge et au critère de la preuve qui doivent guider notre analyse, nous passons maintenant à l'examen des allégations du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

7.5 Article 2.1 de l'Accord OTC

7.68. Après avoir examiné certaines questions préliminaires dans les paragraphes précédents, le Groupe spécial passe à l'examen du bien-fondé de l'allégation du Mexique à l'encontre de la mesure modifiée concernant le thon. Comme il est expliqué plus haut, nous commençons par examiner l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

¹⁶¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.328 (pas d'italique dans l'original).

¹⁶² Première communication écrite du Mexique, paragraphe 233 ("Par conséquent, il est clair que le fonctionnement de la mesure modifiée concernant le thon sur le marché pertinent a un effet préjudiciable *de facto* sur le groupe des produits importés similaires").

¹⁶³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140.

¹⁶⁴ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 341.

¹⁶⁵ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 403.

¹⁶⁶ Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 136.

7.5.1 Critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC

7.69. L'article 2.1 de l'Accord OTC dispose ce qui suit:

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.

7.70. L'article 2.1 énonce un triple critère. Pour qu'une mesure soit contraire à l'article 2.1, elle doit:

- a) être un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC;
- b) concerner ou viser des "produits similaires"; et
- c) accorder aux produits similaires du Membre plaignant un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires ou aux produits similaires en provenance de tout autre Membre.¹⁶⁷

7.71. Le présent différend ne soulève pas de questions au titre du point a) ni du point b) ci-dessus. Les deux parties conviennent, comme le Groupe spécial initial l'a constaté et l'Organe d'appel l'a accepté, que la mesure concernant le thon est un "règlement technique" aux fins de l'Accord OTC.¹⁶⁸ De plus, les deux parties conviennent que, comme le Groupe spécial initial l'a aussi constaté¹⁶⁹, le "thon" et les "produits du thon" du Mexique et des États-Unis sont des produits similaires.¹⁷⁰ En conséquence, le présent Groupe spécial reconnaît que la mesure modifiée concernant le thon est un règlement technique au sens de l'Annexe 1 de l'Accord OTC, et que le "thon" et les "produits du thon" du Mexique et des États-Unis sont similaires.

7.72. La principale question qui doit être tranchée au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC est donc celle de savoir si la mesure modifiée concernant le thon accorde au thon et aux produits du thon mexicains un "traitement moins favorable" que celui qu'elle accorde au thon et aux produits du thon similaires des États-Unis et d'autres Membres de l'OMC. Nous rappelons que, conformément aux constatations que nous avons formulées plus haut au sujet du champ de la présente procédure au titre de l'article 21:5, notre tâche ne se limite pas à évaluer la compatibilité du règlement final de 2013 avec les règles de l'OMC, mais s'étend à l'examen du point de savoir si la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble, y compris mais pas exclusivement le règlement final de 2013, est compatible avec les règles de l'OMC ou si elle continue d'accorder un traitement moins favorable au thon et aux produits du thon mexicains.

7.73. L'Organe d'appel a élaboré un double critère pour déterminer si un règlement technique accorde aux produits importés un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux produits nationaux ou aux produits similaires en provenance d'autres Membres de l'OMC. Premièrement, le Groupe spécial doit évaluer si la mesure en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains par rapport au thon et aux produits du thon similaires des États-Unis ou au thon et aux produits du thon similaires originaires de tout autre Membre.¹⁷¹ Deuxièmement, si le Groupe spécial constate l'existence d'un effet préjudiciable, il examinera si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, au lieu de dénoter une discrimination à l'égard du groupe des produits importés.¹⁷²

¹⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 202.

¹⁶⁸ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 205; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 181.

¹⁶⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.251 (confirmé dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 202 (notant que les États-Unis n'ont pas contesté cette constatation en appel)).

¹⁷⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 208; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 181.

¹⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 268.

¹⁷² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 215.

7.74. Dans les paragraphes qui suivent, nous examinons brièvement les indications données par l'Organe d'appel sur les étapes juridiques formant les deux éléments du critère.

7.75. S'agissant du premier élément, c'est-à-dire la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon modifie les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains, nous rappelons que "l'article 2.1 de l'Accord OTC prohibe la discrimination tant *de jure* que *de facto* entre les produits nationaux et les produits importés similaires".¹⁷³ Par conséquent, la mesure modifiée concernant le thon peut modifier les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains même si, telle qu'elle est libellée, elle ne désigne pas le thon comme étant soumis à un traitement différencié selon le pavillon sous lequel il a été capturé et/ou transformé.¹⁷⁴ En outre, il peut exister un traitement préjudiciable même en l'absence d'un traitement *différencié* et, de fait, une "différence formelle de traitement entre les produits importés et les produits nationaux similaires n'est ... ni nécessaire, ni suffisante pour démontrer qu'il y a violation de" l'article 2.1.¹⁷⁵ Dans les cas où un plaignant fait valoir qu'une mesure a un effet préjudiciable *de facto* sur ses exportations, le groupe spécial chargé de l'affaire devrait considérer "la totalité des faits et circonstances qui sont portés à sa connaissance, y compris toutes conséquences pour les conditions de concurrence qui ressortent de la conception et de la structure de la mesure elle-même, ainsi que toutes les caractéristiques du marché particulier en cause qui sont pertinentes pour le fonctionnement de la mesure sur ce marché". L'Organe d'appel a aussi clairement indiqué que "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 l'évaluation par un groupe spécial du traitement moins favorable au titre de l'article 2.1".¹⁷⁶

7.76. L'une des principales questions qui a été examinée dans la procédure initiale concernait la mesure dans laquelle il devait être montré que tout effet préjudiciable avéré "résult[ait] de la mesure [contestée] elle-même plutôt que des actions des parties privées".¹⁷⁷ Examinant les constatations juridiques du Groupe spécial initial concernant cette question, l'Organe d'appel a précisé que, pour que son allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC aboutisse, un plaignant devait montrer l'existence d'"une véritable relation entre la mesure en cause et un effet défavorable sur les possibilités de concurrence pour les produits importés".¹⁷⁸ Réaffirmant ses constatations antérieures dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*¹⁷⁹, l'Organe d'appel a conclu que "[l]a question pertinente [était] ... de savoir si l'intervention des *pouvoirs publics* [c'est-à-dire la mesure elle-même] "affect[ait] les conditions dans lesquelles des produits similaires, nationaux et importés, [étaient] en concurrence sur le marché du territoire d'un Membre".¹⁸⁰ Pour répondre à cette question, la présence ou l'existence d'"un certain élément du domaine privé dans le choix" ne permettra pas à un défendeur de se soustraire à sa responsabilité au regard de l'Accord OTC¹⁸¹ dans les cas où la mesure contestée a restreint ou autrement déterminé ce choix d'une manière qui ne peut pas être considérée comme "normale" sur le marché pertinent.¹⁸²

¹⁷³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 286.

¹⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 225 ("une mesure peut être incompatible *de facto* avec l'article 2.1 alors même que, telle qu'elle est libellée, elle est neutre quant à l'origine").

¹⁷⁵ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 277 (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137).

¹⁷⁶ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 286. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 225, et *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 179.

¹⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 236.

¹⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 236.

¹⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 146.

¹⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 237 (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 149).

¹⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 239.

¹⁸² Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 146. Cela dit, nous reconnaissons aussi que, comme l'Organe d'appel l'a clairement indiqué dans l'affaire *États-Unis – EPO*, "les effets préjudiciables causés *uniquement* par les décisions d'acteurs privés ne peuvent pas étayer une constatation d'incompatibilité avec l'article 2.1": rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 291 (italique dans l'original).

7.77. S'agissant du deuxième élément du critère du traitement moins favorable, c'est-à-dire la question de savoir si un traitement préjudiciable dénote une discrimination illégitime, l'Organe d'appel a expliqué que les groupes spéciaux devaient "analyser minutieusement les circonstances propres à l'affaire, à savoir la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique en cause, et en particulier le point de savoir si le règlement technique [était] impartial".¹⁸³ En substance, cet examen exige du Groupe spécial qu'il analyse si le traitement préjudiciable dont l'existence a été constatée au titre du premier élément du critère "découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'il ne reflète l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits importés".¹⁸⁴

7.78. Pour ce qui est de la charge de la preuve, et comme il est expliqué plus haut, nous évaluerons *premièrement* si le Mexique a montré *prima facie à la fois* que la mesure modifiée concernant le thon modifiait les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains, *et deuxièmement*, que cet effet préjudiciable ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Si le Mexique parvient à faire cette démonstration, la charge de la preuve se déplacera vers les États-Unis qui devront réfuter la démonstration du Mexique en montrant que, en dépit des éléments *prima facie* fournis par le Mexique, le traitement préjudiciable en fait découle bien exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.79. Compte tenu de ce qui précède, comment les groupes spéciaux devraient-ils évaluer si un effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime au lieu de dénoter une discrimination d'une manière incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC? L'Organe d'appel a donné quelques indications à ce sujet dans la récente "trilogie" des affaires portant sur l'Accord OTC¹⁸⁵ et dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*. Mais surtout, 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".¹⁸⁶

7.80. Ce libellé est, bien sûr, semblable à celui du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.¹⁸⁷ Les groupes spéciaux devraient-ils alors s'appuyer sur la jurisprudence élaborée dans le cadre du texte introductif pour interpréter et appliquer l'article 2.1 de l'Accord OTC? Nous passons à présent à l'examen de cette question, qui a été vivement contestée par les parties à la présente procédure.

7.81. D'après le Mexique, "[u]n libellé presque identique [à celui qui est utilisé par l'Organe d'appel pour décrire le critère au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC] figure dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Par conséquent, l'interprétation de l'expression "discrimination arbitraire" dans le texte introductif de l'article XX donne des éclaircissements sur l'interprétation de l'expression "discrimination arbitraire" au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC".¹⁸⁸ En particulier, le Mexique fait valoir que la question de savoir "si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale pertinent ou si elle est rationnellement liée à l'objectif de politique générale" recherché par le règlement technique est au cœur de l'analyse d'un groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. De l'avis du Mexique, "[l]orsque la raison d'être alléguée de la distinction créée par la mesure en question est incompatible avec

¹⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 225 (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182).

¹⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215 (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

¹⁸⁵ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*; *États-Unis – Thon II (Mexique)*; et *États-Unis – EPO*.

¹⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 94; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 213.

¹⁸⁷ La partie pertinente du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 est ainsi libellée: "Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international."

¹⁸⁸ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 123.

l'objectif de politique générale déclaré, ou s'y oppose activement, cela dénote une discrimination arbitraire".¹⁸⁹ Le Mexique dit par conséquent que "la mesure dans laquelle la distinction réglementaire créée peut être conciliée avec l'objectif de politique générale recherché par la mesure donnera une indication claire sur le point de savoir s'il en résulte une discrimination arbitraire et un manque d'impartialité".¹⁹⁰

7.82. Le Mexique fait aussi valoir que, lue à la lumière de l'interprétation que l'Organe d'appel a donnée du texte introductif de l'article XX, la notion de "discrimination arbitraire ou injustifiable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC doit être interprétée comme interdisant, dans la conception ou l'application d'un règlement technique, "l'ambiguïté qui crée une possibilité d'abus et de mauvaise application [du règlement technique], indépendamment du point de savoir si l'organisme responsable de l'application de la mesure agit ou non de bonne foi".¹⁹¹ De plus, selon le Mexique, "un système réglementaire qui ne prévoit pas un moyen efficace de vérifier si une mesure est appliquée correctement et avec diligence donnera aussi lieu à une discrimination arbitraire. Dans les cas où la conception de la mesure est telle qu'il est impossible de vérifier ou d'évaluer à quel point l'application en est appropriée, la mesure ne peut pas être considérée comme impartiale".¹⁹²

7.83. Les États-Unis ne souscrivent pas à l'interprétation que le Mexique fait de l'expression "discrimination arbitraire".¹⁹³ Spécifiquement, ils disent que l'approche du Mexique "greffe artificiellement l'analyse utilisée dans le contexte du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 sur l'article 2.1 de l'Accord OTC", et concluent que cela est "certainement erroné" parce que "les deux dispositions sont complètement différentes".¹⁹⁴ Les États-Unis affirment aussi que "l'Organe d'appel a *infirmé* l'analyse que le Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque* avait faite du texte introductif de l'article XX du GATT au motif qu'il avait considéré que les deux analyses étaient les mêmes".¹⁹⁵

7.84. Les parties ont développé leurs positions en répondant à une question du Groupe spécial. Dans sa réponse, le Mexique a souligné que "l'Organe d'appel n'avait pas constaté que l'analyse au titre de l'article 2.1 n'était pas pertinente pour l'analyse au titre du texte introductif. Il avait seulement indiqué qu'une analyse indépendante devait être effectuée au titre du texte introductif et que, si l'analyse au titre de l'article 2.1 était utilisée, il fallait alors expliquer pourquoi cette analyse était pertinente et applicable".¹⁹⁶ D'après le Mexique, l'Organe d'appel a clairement 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"¹⁹⁷ et en fait, que "le concept de "discrimination arbitraire" [était] commun" aux deux dispositions.¹⁹⁸ Le Mexique conclut en disant qu'il est "à l'évidence approprié d'utiliser le sens de l'expression "discrimination arbitraire" établi au titre du texte introductif de l'article XX comme contexte pour interpréter ... l'article 2.1 de l'Accord OTC".¹⁹⁹

7.85. Les États-Unis ont maintenu leur opposition à cette approche interprétative dans leur réponse à la question du Groupe spécial. Ils ont expliqué que, dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel avait "refusé de constater que l'analyse au titre du deuxième élément

¹⁸⁹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 132.

¹⁹⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 132.

¹⁹¹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 129 (mentionnant les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.326 à 5.328).

¹⁹² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 131.

¹⁹³ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 83. Les États-Unis formulent leurs arguments en partant du sens du mot "impartialité", mais le fond de leurs allégations concerne le recours par le Mexique à la jurisprudence relative au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 pour interpréter l'expression "discrimination arbitraire" au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Comme il est indiqué plus haut, et comme nous l'expliquerons plus en détail par la suite, nous pensons que l'"impartialité", en tant qu'outil d'analyse pouvant être utile pour déterminer si un effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, peut avoir un sens plus large que "discrimination arbitraire", même s'il y a certainement des recoupements.

¹⁹⁴ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 84.

¹⁹⁵ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 84.

¹⁹⁶ Réponse du Mexique à la question n° 5 c) du Groupe spécial, paragraphe 12 (mentionnant les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310).

¹⁹⁷ Réponse du Mexique à la question n° 5 c) du Groupe spécial, paragraphe 13 (mentionnant les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310).

¹⁹⁸ Réponse du Mexique à la question n° 5 c) du Groupe spécial, paragraphe 13 (mentionnant les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310).

¹⁹⁹ Réponse du Mexique à la question n° 5 c) du Groupe spécial, paragraphe 13.

de l'article 2.1 incorpor[ait] simplement l'analyse au titre du texte introductif de l'article XX, comme le Mexique voudrait le faire croire au Groupe spécial". Bien qu'ils aient reconnu que "l'"équilibre" établi *dans le cadre* de l'Accord OTC n'[était] pas, en principe, différent de celui qui était établi dans le GATT de 1994"²⁰⁰, les États-Unis ont réaffirmé que l'approche du Mexique était "certainement erronée" et ils ont dit que "le Mexique [était] incapable de citer *ne serait-ce qu'un seul paragraphe* dans les trois différends portant sur l'Accord OTC à l'appui de la proposition voulant que le facteur le plus important dans une analyse de l'impartialité soit la question de savoir si la discrimination peut être conciliée avec l'objectif de politique générale pertinent ou si elle est rationnellement liée à cet objectif".²⁰¹

7.86. Nous relevons que toutes les tierces parties qui ont répondu à la question du Groupe spécial sur ce point sont convenues que la jurisprudence relative au texte introductif de l'article XX éclairait l'interprétation de l'article 2.1 de l'Accord OTC. La Nouvelle-Zélande, qui paraissait souscrire à l'approche du Mexique, a dit que le Groupe spécial devait examiner si "la raison d'être de la distinction [donnant lieu au traitement préjudiciable] [était] compatible avec l'objectif global de la mesure".²⁰² De même, le Japon a estimé que "l'évaluation de l'impartialité au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC suppos[ait] un examen du point de savoir si les distinctions réglementaires en question établies dans le règlement technique [avaient] des raisons d'être qui [étaient] légitimes et rationnellement liées à l'objectif de politique générale déclaré recherché par le règlement technique". De l'avis du Japon, "il serait difficile de justifier au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC un règlement technique qui est conçu de telle manière que ses dispositions se contredisent les unes les autres et s'opposent même à l'objectif de politique générale qu'il recherche".²⁰³ L'Union européenne est aussi convenue que "la "raison d'être", l'"objectif", le "but" ou l'"intention objective" de la distinction réglementaire critiquée par le Mexique [étaient] en fait pertinents pour l'évaluation, tout comme ils seraient pertinents dans une évaluation au titre des articles III:4 et XX du GATT de 1994".²⁰⁴ Le Canada a quant à lui indiqué que "pour examiner l'impartialité de la distinction réglementaire, un groupe spécial dev[ait] analyser la raison d'être de la distinction réglementaire indiquée par le Membre défendeur à la lumière de l'objectif de politique générale identifié, afin de déterminer s'il exist[ait] un lien rationnel entre la distinction réglementaire et cet objectif. Une distinction réglementaire ne peut pas être impartiale lorsqu'elle fait obstacle ou s'oppose à l'objectif général du règlement technique".²⁰⁵

7.87. Nous commençons notre analyse en exprimant notre désaccord avec l'allégation des États-Unis selon laquelle "les deux dispositions [à savoir l'article 2.1 de l'Accord OTC et le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994) sont complètement différentes". Les États-Unis ont, bien sûr, raison de dire que le texte de l'article 2.1 ne contient pas les mots "discrimination arbitraire ou injustifiable". Néanmoins, comme il est indiqué plus haut, 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.²⁰⁶ Ce libellé est directement tiré du sixième considérant du préambule de l'Accord OTC, qui dispose que les règlements techniques ne doivent "pas [être] appliqué[s] 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". À notre avis, en donnant pour instruction aux groupes spéciaux d'interpréter l'article 2.1 de l'Accord OTC à la

²⁰⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 5 c) du Groupe spécial, paragraphe 36 (italique dans l'original).

²⁰¹ Réponse des États-Unis à la question n° 5 c) du Groupe spécial, paragraphe 36 (citations internes omises).

²⁰² Déclaration orale de la Nouvelle-Zélande, paragraphe 6.

²⁰³ Réponse du Japon à la question n° 1 du Groupe spécial aux tierces parties, paragraphe 2. Le Japon a aussi fait valoir qu'"un règlement technique [pouvait] contenir des éléments qui [étaient] en décalage, voire peut-être même en opposition, avec l'objectif de politique générale particulier recherché par la mesure parce qu'ils vis[aient] à servir d'autres objectifs de politique générale. Le Japon estime que, en soi, cela n'est pas suffisant pour étayer une constatation selon laquelle le règlement technique n'est pas impartial": paragraphe 4.

²⁰⁴ Réponse de l'Union européenne à la question n° 1 du Groupe spécial aux tierces parties, paragraphe 1. L'Union européenne a aussi déclaré qu'"[i]l [était] possible que la distinction réglementaire ne "contribue" ni ne "fasse obstacle" à l'objectif général mais dénote simplement une adaptation des différentes mesures en fonction des risques différents. La simple existence de ces différences ne signifie pas nécessairement qu'il y a discrimination ou discrimination injustifiée": paragraphe 2.

²⁰⁵ Réponse du Canada à la question n° 1 du Groupe spécial aux tierces parties, paragraphe 1.

²⁰⁶ Rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, paragraphe 173; États-Unis – EPO, paragraphe 268.

lumière de ce considérant, 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. Nous souscrivons au point de vue du Mexique selon lequel il n'y a aucune "raison d'interpréter cette expression différemment dans des accords différents".²⁰⁷

7.88. Nous ne partageons pas non plus le point de vue des États-Unis selon lequel la récente décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* nous empêche de nous appuyer sur la jurisprudence élaborée dans le contexte du texte introductif de l'article XX pour interpréter l'article 2.1 de l'Accord OTC. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a reproché au Groupe spécial d'avoir "appliqu[é] 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".²⁰⁸ Selon l'Organe d'appel, le Groupe spécial "aurait dû davantage expliquer pourquoi et comment son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC était "pertinente[] et applicable[]" pour l'analyse au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994"²⁰⁹, au lieu de constater l'existence d'une violation du texte introductif simplement parce qu'il avait auparavant été constaté que la mesure en cause était contraire à l'article 2.1 de l'Accord OTC.²¹⁰

7.89. Nous relevons que l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque* avait fait erreur en transposant son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans le texte introductif de l'article XX; il n'a pas dit que la jurisprudence élaborée dans le contexte du texte introductif ne pouvait pas être utilisée pour interpréter l'article 2.1 de l'Accord OTC. Cette constatation peut tout à fait s'expliquer étant donné que les critères du texte introductif de l'article XX et de l'article 2.1 de l'Accord OTC se recoupent, mais ne sont pas identiques. Alors 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).²¹¹ De plus, l'analyse au titre de l'article 2.1 exige l'examen à *la fois* de la conception *et* de l'application de la mesure en cause²¹², alors que le texte introductif porte seulement sur l'*application* de la mesure en cause.²¹³ D'après ce que nous croyons comprendre, l'erreur du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque* a donc été de supposer qu'une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui pouvait impliquer l'analyse de facteurs n'ayant aucun intérêt pour l'analyse au titre de l'article XX du GATT de 1994, donnerait automatiquement lieu à une violation de cette dernière disposition. À notre avis, ce raisonnement n'écarte pas la possibilité que la jurisprudence relative au texte introductif de l'article XX puisse servir à éclairer les aspects du critère au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC qui exigent un examen du point de savoir si un cas de traitement préjudiciable constitue une "discrimination arbitraire".

7.90. Par ailleurs, nous ne pouvons pas ignorer que l'Organe d'appel a confirmé qu'il existait des "parallèles importants" entre le texte introductif de l'article XX et l'élément "traitement moins favorable" de l'article 2.1 de l'Accord OTC. De fait, l'Organe d'appel a spécifiquement reconnu que "les concepts de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions

²⁰⁷ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 5 c) du Groupe spécial, paragraphe 30.

²⁰⁸ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.313 (pas d'italique dans l'original).

²⁰⁹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310.

²¹⁰ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 3.507.

²¹¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.311 (notant que l'article 2.1 de l'Accord OTC analyse le point de savoir si le traitement préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime alors que le texte introductif de l'article XX concerne uniquement l'existence d'une "discrimination arbitraire ou injustifiable").

²¹² Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271 (établissant qu'il ne peut pas être constaté que le traitement préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime dans le cas où une distinction réglementaire est "*conçue ou appliquée* de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable" (pas d'italique dans l'original)).

²¹³ Comme il est détaillé plus loin, l'analyse au titre de l'article XX du GATT de 1994 est "double: premièrement, justification provisoire de la mesure au motif qu'elle relève [d'un alinéa de l'article XX]; deuxièmement, nouvelle évaluation de la même mesure au regard des clauses introductives de l'article XX": rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 24.

exist[aient]" et de "restriction déguisée au commerce" figur[aient] 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.²¹⁴ À notre avis, ces déclarations indiquent clairement que, même si les critères au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article XX du GATT de 1994 ne devraient pas être confondus, il existe néanmoins entre eux des similitudes et des recoupements importants, et la jurisprudence établie par l'Organe d'appel dans le contexte de l'un d'entre eux peut être utilisée pour interpréter des concepts similaires figurant dans l'autre.

7.91. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus par l'argument des États-Unis selon lequel l'approche de la "discrimination arbitraire" suivie par le Mexique dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC est "certainement erronée".²¹⁵ Au contraire, nous partageons le point de vue du Mexique selon lequel, pour examiner si l'effet préjudiciable causé par un règlement technique dénote une "discrimination arbitraire", nous pouvons examiner, entre autres choses, si l'effet préjudiciable peut être concilié avec la politique générale poursuivie par la mesure en cause ou si elle est rationnellement liée à cette politique. Cette analyse peut aider le Groupe spécial à déterminer si l'effet préjudiciable visé par la plainte (c'est-à-dire, si le Groupe spécial constate l'existence de cet effet) découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime – encore que, comme nous l'avons dit, la "distinction réglementaire légitime" puisse impliquer l'examen d'autres éléments que la simple existence (ou non) d'une "discrimination arbitraire".

7.92. De plus, nous notons que, contrairement à ce que les États-Unis allèguent à savoir qu'il n'y a aucun fondement à l'appui de cette approche, dans la première affaire de la "trilogie OTC", l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Organe d'appel a effectivement fondé sa constatation selon laquelle l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par les États-Unis violait l'article 2.1 sur le fait qu'il était difficile de concilier l'exemption des cigarettes mentholées de l'interdiction avec le but déclaré des États-Unis à savoir "empêcher le tabagisme chez les jeunes" en interdisant les cigarettes aromatisées.²¹⁶ Dans ses constatations, l'Organe d'appel a explicitement noté que "les cigarettes mentholées [avaient] la même caractéristique de produit [c'est-à-dire l'aromatisant] que celle qui, dans la perspective de l'objectif déclaré de [la mesure contestée, à savoir dissuader les jeunes de fumer], justifiait la prohibition des cigarettes aux clous de girofle".²¹⁷ Autrement dit, un élément essentiel de la constatation de l'Organe d'appel était le fait que le traitement préjudiciable en cause dans cette affaire ne pouvait pas être concilié avec l'objectif de politique générale du règlement technique considéré ni justifiée au regard de cet objectif. À notre avis, l'approche de l'Organe d'appel dans cette affaire ressemble beaucoup au type d'analyse effectuée au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, et confirme qu'il y a d'importantes similitudes entre l'analyse au titre de l'article XX et l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.²¹⁸

7.93. Nous passons maintenant au sens du mot "impartial". D'après ce que nous croyons comprendre, l'impartialité n'est pas un critère distinct dont il faut prouver l'existence *en plus* de démontrer que le règlement technique en cause accorde un traitement moins favorable aux produits importés. Tel que nous interprétons la jurisprudence, l'impartialité est plutôt dûment considérée comme un outil d'analyse, une sorte de mesure ou critère rhétoriques qui fait intervenir un concept souple et généralement équitable comme indicateur ou repère pour aider un groupe spécial à déterminer si le traitement préjudiciable identifié découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. À notre avis, la proposition voulant que l'impartialité ne soit pas un critère additionnel découle clairement de la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle un groupe

²¹⁴ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310.

²¹⁵ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 84; réponse des États-Unis à la question n° 5 a) du Groupe spécial, paragraphe 28.

²¹⁶ C'est ce qu'indique le Canada dans sa réponse à la question n° 1 du Groupe spécial aux tierces parties, paragraphe 2.

²¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 225.

²¹⁸ Nous tenons à préciser un point. En constatant que l'article 2.1 exige, entre autres choses, une évaluation de la question de savoir si un effet préjudiciable avéré est lié à la politique générale poursuivie par le règlement technique en cause ou peut par ailleurs être expliqué par cette politique, nous ne donnons pas à entendre que les groupes spéciaux devraient, dans le contexte de l'article 2.1, examiner soit la légitimité de cette politique soit la contribution effective du règlement technique à cette politique. Ces examens peuvent être pertinents au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, mais ce dernier n'est pas en cause dans la présente procédure.

spécial doit examiner l'impartialité d'une mesure "*afin de déterminer*"²¹⁹ si l'effet préjudiciable causé par cette mesure découle ou non exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.94. À notre avis, le concept d'impartialité est surtout étroitement lié à la question de savoir si l'effet préjudiciable découle *exclusivement* d'une distinction réglementaire légitime. En particulier, nous pensons que le fait de se demander si une mesure est impartiale peut aider un groupe spécial à déterminer si le traitement préjudiciable indiqué peut 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 est peut-être lié à une distinction réglementaire légitime ou généralement fondé sur une telle distinction, n'est pas entièrement ou précisément pris en compte, du point de vue de sa nature comme de sa portée, par la distinction réglementaire que le Membre défendeur cherche à établir – auquel cas, il ne pourrait *pas* être conclu que le traitement préjudiciable découle *exclusivement* de la distinction recherchée.

7.95. Autrement dit, à notre avis, l'impartialité attire l'attention d'un groupe spécial sur ce que l'on pourrait appeler l'"adéquation" de la mesure en cause, y compris le traitement préjudiciable causé par cette mesure, avec la distinction réglementaire légitime recherchée. Ainsi, même si une mesure était *fondée sur* une distinction réglementaire légitime, elle ne découlerait toutefois pas *exclusivement* d'une distinction réglementaire légitime si l'effet préjudiciable était disproportionné, ou si la mesure reflétait par ailleurs un certain protectionnisme par exemple, et n'était donc pas clairement justifiable au regard seulement des distinctions réglementaires légitimes invoquées.

7.96. À notre avis, l'"impartialité" attire notre attention sur ce qu'il est peut-être préférable d'appeler l'"équité" d'un règlement technique. Le sens courant du mot "even-handed" (impartial) est "impartial, fair" (sans parti pris, équitable). Pour sa part, le mot "fair" (équitable) signifie "just, unbiased, equitable" (juste, objectif, droit). 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. L'analyse d'un groupe spécial doit plutôt "prendre en considération la totalité des faits et circonstances" propres à l'affaire.²²⁰ À notre avis, l'"impartialité" peut recouper le concept de "discrimination arbitraire". Nous pensons, toutefois, que l'"impartialité" est conceptuellement distincte de la "discrimination arbitraire" et peut avoir une plus grande portée pour ce qui est des caractéristiques d'une mesure pouvant être prises en compte. Par conséquent, bien que la démonstration de l'existence d'une "discrimination arbitraire" soit un moyen de montrer qu'une mesure n'est pas impartiale (comme il est expliqué plus haut), 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" (et, par conséquent, à conclure que l'effet préjudiciable en question ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime) est plus large que ceux qui pourraient donner lieu à une constatation de "discrimination arbitraire".

7.5.2 Application de l'article 2.1 de l'Accord OTC

7.5.2.1 Allégation du Mexique

7.97. Après avoir examiné certaines questions préliminaires, et avoir exposé notre interprétation du critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous examinons à présent le bien-fondé des allégations du Mexique au titre de l'article 2.1. Comme il a été indiqué, notre tâche consiste à déterminer si la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble accorde 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.

7.98. Dans sa première communication écrite, le Mexique a expliqué que l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC "port[ait] 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

²¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 215.

²²⁰ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 286. Nous indiquons que nous partageons le point de vue des États-Unis selon lequel "[l']ensemble particulier de faits qu'un Membre est tenu d'établir afin de prouver qu'un règlement technique n'est pas impartial dépendra des faits et circonstances particuliers". Réponse des États-Unis à la question n° 5 a) du Groupe spécial, paragraphe 24.

aux produits du thon originaires d'autres pays".²²¹ Selon le Mexique, les distinctions réglementaires essentielles dont la conception et l'application donnent lieu au traitement préjudiciable dont il se plaint sont les suivantes²²²:

- Premièrement, le Mexique se plaint de "[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 l'admission d'autres méthodes de pêche pour capturer le thon d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*". Nous désignons cet aspect de la mesure modifiée concernant le thon par l'expression les "critères d'admissibilité".
- Deuxièmement, le Mexique relève "[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". Nous désignons cet aspect de la mesure modifiée concernant le thon par l'expression les "prescriptions différentes concernant la certification".
- Troisièmement et en dernier lieu, le Mexique appelle l'attention du Groupe spécial sur "[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". Nous désignons cet aspect de la mesure modifiée concernant le thon par l'expression les "prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification".

7.99. Le Mexique désigne collectivement ces conditions et prescriptions par l'expression "la différence dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage".²²³ Selon lui, "[i]l ressort clairement de l'examen des faits et des circonstances se rapportant à la conception et à l'application de ces conditions et prescriptions que l'effet préjudiciable sur les importations de produits du thon mexicains ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".²²⁴ Spécifiquement, le Mexique fait valoir qu'"[e]n raison de la différence dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage, tous les produits du thon similaires des États-Unis et la plupart des produits du thon d'autres pays ont accès au label *Dolphin Safe*, alors qu'en même temps, la mesure modifiée concernant le thon empêche la plupart des produits du thon mexicains d'accéder à ce label".²²⁵

7.100. À diverses étapes de la présente procédure, les États-Unis ont instamment demandé au Groupe spécial de ne pas tenir compte des allégations du Mexique relatives aux prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification. D'après les États-Unis, l'effet préjudiciable pertinent ne découle ni de l'une ni de l'autre de ces deux distinctions réglementaires. En fait, "le premier élément indiqué par le Mexique [à savoir les critères d'admissibilité] est l'effet préjudiciable", et puisque "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 les prescriptions différentes concernant la certification n'existaient pas, "le Mexique ne peut tout simplement pas établir l'existence d'un lien de causalité entre l'effet préjudiciable" et les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification.²²⁶

7.101. Les États-Unis réitèrent cette affirmation dans leur deuxième communication écrite. Ils y font valoir que les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification "ne sont pas pertinentes pour cette analyse (au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC), en ce sens qu'aucun de ces aspects n'explique l'effet préjudiciable ... Pour dire les choses simplement, les

²²¹ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 235.

²²² Première communication écrite du Mexique, paragraphe 236.

²²³ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 112.

²²⁴ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 237.

²²⁵ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 112.

²²⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 223 (italique dans l'original).

prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs ne causent pas l'effet préjudiciable qui était à la base des recommandations et décisions de l'ORD".²²⁷

7.102. Le Groupe spécial reconnaît qu'il apparaît que le Mexique a développé son argumentation concernant le traitement préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification au fil de ses communications écrites. Dans sa première communication écrite, le Mexique décrit l'effet préjudiciable causé par la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble comme suit:

Alors que tous les produits du thon similaires des États-Unis et la plupart des produits du thon d'autres pays ont accès au label *Dolphin Safe*, la mesure modifiée concernant le thon empêche la plupart des produits du thon mexicains d'accéder à ce label.²²⁸

7.103. Il nous semble que cette description identifie, avant tout, l'effet préjudiciable causé par les *critères d'admissibilité* parce que, comme les États-Unis l'ont fait valoir dans leur première communication écrite, même si les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification étaient éliminées, "les produits du thon mexicains contenant du thon capturé par encerclement des dauphins ne seraient toujours pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*, et les produits du thon contenant du thon capturé au moyen d'autres méthodes seraient toujours potentiellement admissibles au bénéfice de ce label".²²⁹

7.104. Dans sa deuxième communication écrite, toutefois, le Mexique a développé et clarifié ses arguments sur l'effet préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification. Il a expliqué ce qui suit:

[L]'absence de prescriptions suffisantes concernant l'admission des méthodes de pêche, l'enregistrement des données, la vérification et les observateurs pour le thon utilisé pour élaborer des produits du thon des États-Unis et d'autres pays signifie que les produits du thon mexicains perdent des possibilités de concurrence par rapport à des produits du thon qui peuvent être étiquetés *Dolphin Safe* de façon inexacte.²³⁰

7.105. Ce passage identifie clairement un type distinct d'effet préjudiciable qui, d'après le Mexique, est causé par les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification. Alors que les prescriptions différentes concernant l'admissibilité sont responsables du fait que la plupart des produits du thon mexicains ne sont pas admissibles au bénéfice du label (ce qui, selon les termes du Mexique, prive le thon mexicain de possibilités de concurrence)²³¹, les prescriptions différentes concernant la certification et le repérage, d'après le Mexique, donnent ou "confèr[ent]"²³² un "avantage concurrentiel" aux produits du thon non mexicains, et modifient donc de façon préjudiciable les conditions de concurrence. À notre avis, les arguments du Mexique sur les prescriptions différentes concernant la certification et le repérage constituent 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.²³³ Le Groupe spécial note que, alors que le Mexique a maintenu dans sa première communication écrite que c'étaient les "éléments clés de la conception et de la structure de la mesure" qui "conjointement" priveraient les produits mexicains de possibilités de concurrence²³⁴, il ressortait d'après lui 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.

7.106. Dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial, les États-Unis ont laissé entendre que, en développant son argumentation sur l'effet préjudiciable dans sa deuxième communication

²²⁷ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 75 et 76.

²²⁸ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 232.

²²⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 223.

²³⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 117 (souligné dans l'original).

²³¹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 117.

²³² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 117.

²³³ Le Mexique a présenté son argument de cette façon tout au long de la procédure. Voir la réponse du Mexique à la question n° 9 du Groupe spécial, paragraphe 36; la deuxième communication écrite du Mexique, paragraphes 147 et 163; la réponse du Mexique à la question n° 7 du Groupe spécial, paragraphes 19 et 21. Voir aussi la section 6.2.6 du présent rapport.

²³⁴ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 223.

écrite, "le Mexique essay[ait] maintenant de modifier fondamentalement chacune de ses trois allégations, en alléguant que les prescriptions concernant le repérage, la vérification et la certification de la mesure modifiée modifiaient les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment du groupe de produits du thon mexicains par rapport au groupe de produits du thon similaires des États-Unis et de produits du thon similaires originaires d'autres Membres".²³⁵ La signification de cette déclaration n'est pas très claire: les États-Unis n'ont pas, par exemple, fait valoir que les arguments du Mexique concernant les prescriptions différentes concernant la certification, ainsi que le repérage et la vérification ne pouvaient pas être présentés en vertu de l'article 6:2 du Mémoire d'accord. En tout cas, à notre avis, les parties à une procédure de règlement des différends de l'OMC sont pleinement autorisées à développer et préciser leur argumentation au fil de leurs communications écrites. À notre sens, le but même d'avoir des séries successives de communications écrites, suivies d'une audition, est de permettre aux parties d'affiner, de clarifier et de développer leurs arguments. Il s'agit d'un élément essentiel de la régularité de la procédure "ressortant de manière implicite du Mémoire d'accord"²³⁶, selon lequel "[il doit être] ménagé[] à chaque partie une possibilité véritable de formuler des observations sur les arguments et les éléments de preuve présentés par l'autre partie".²³⁷ Nous sommes d'avis que les précisions données par le Mexique dans sa deuxième communication écrite sont une clarification tout à fait acceptable de son allégation et de son argumentation.

7.107. De plus, le Groupe spécial note qu'à diverses étapes de la présente procédure, le Mexique a fait valoir que c'était les "différences dans ces conditions et prescriptions en matière d'étiquetage conjointement" qui "expliqu[aient] l'effet préjudiciable sur les importations".²³⁸ Autrement dit, comme le Mexique l'a expliqué dans sa réponse à une question du Groupe spécial:

[C]'est seulement le fonctionnement combiné des conditions et des prescriptions en matière d'étiquetage applicables aux produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, conjointement avec les conditions et les prescriptions en matière d'étiquetage applicables aux produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP, qui donne lieu à la distinction réglementaire qui affecte les conditions de concurrence au détriment des produits du thon importés du Mexique par rapport aux produits du thon similaires originaires des États-Unis et aux produits du thon similaires importés d'autres pays.²³⁹

7.108. Pourtant, les 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 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.

7.5.2.2 Critères d'admissibilité

7.5.2.2.1 Arguments des parties

7.109. Dans sa première communication écrite, le Mexique décrit les critères d'admissibilité dans les termes suivants:

²³⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 288.

²³⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets*, paragraphe 94.

²³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 150.

²³⁸ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 113 (pas d'italique dans l'original).

²³⁹ Réponse du Mexique à la question n° 8 du Groupe spécial, paragraphe 32: observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 4 du Groupe spécial, paragraphe 20 ("Le Mexique [a] souligné que les trois conditions en matière d'étiquetage – à savoir i) l'exclusion de l'encerclement des dauphins et l'admission d'autres méthodes de pêche au thon; ii) les prescriptions concernant l'enregistrement des données, le repérage et la vérification; et iii) la prescription obligatoire concernant les observateurs indépendants – prises conjointement, expliqu[aient] l'effet préjudiciable sur les importations mexicaines.")

En vertu de la mesure modifiée concernant le thon, les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage diffèrent selon la méthode de pêche employée pour capturer le thon. L'encerclement des dauphins est une méthode de pêche "exclue" des techniques de capture du thon *Dolphin Safe*, même si l'utilisation de cette méthode est conforme aux prescriptions rigoureuses de l'AIDCP et qu'aucun dauphin n'est tué ni gravement blessé lors de l'opération au cours de laquelle le thon est capturé, comme cela est confirmé par l'observateur indépendant présent à bord et certifié dans le cadre du système global de repérage et de vérification établi par l'AIDCP et la législation mexicaine. ...

La situation est différente dans le cas des méthodes de pêche employées pour capturer le thon à l'extérieur de l'ETP. À l'exception de la pêche aux filets dérivants pratiquée en haute mer par la flottille italienne, toutes les autres méthodes de pêche au thon (y compris les autres techniques de pêche aux filets dérivants) sont admises pour capturer le thon d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*, alors ... que ces méthodes entraînent une mortalité et des blessures graves importantes des dauphins.

...

Malgré ces effets nuisibles importants sur les dauphins, les autres méthodes de pêche ne sont pas exclues pour la capture de thon "*Dolphin Safe*". Elles sont admises pour la capture de thon *Dolphin Safe*, à condition seulement de satisfaire à la prescription exigeant qu'aucune mortalité ni blessure grave des dauphins ne soit observée lors des déploiements d'engins au cours desquels le thon est capturé.²⁴⁰

7.110. D'après ce que nous croyons comprendre, l'allégation du Mexique est que la mesure modifiée concernant le thon établit une distinction entre le thon capturé par encerclement des dauphins et le thon capturé par toute autre méthode. D'une part, le thon capturé par encerclement des dauphins n'est *jamaïs* admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*, même si aucun dauphin n'a effectivement été tué ou gravement blessé lors d'une opération d'encerclement particulière. D'autre part, le thon capturé au moyen d'autres méthodes de pêche est, *en principe*, admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*, à condition qu'aucun dauphin ne soit tué ou gravement blessé lors du déploiement d'engins particulier.

7.111. De l'avis du Mexique, cette distinction réglementaire modifie les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains. Le Mexique rappelle la constatation de l'Organe d'appel dans la procédure initiale selon laquelle "l'absence d'accès au label *Dolphin Safe* pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis"²⁴¹ parce que, même si le label a "une valeur commerciale importante sur le marché des produits du thon des États-Unis"²⁴², "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*".²⁴³ De l'avis du Mexique, le fait que le thon capturé par encerclement des dauphins n'est pas admissible au bénéfice du label alors que le thon capturé par d'autres méthodes est, en principe, admissible n'est "manifestement ... pas impartial"²⁴⁴ pour un certain nombre de raisons. Premièrement, le Mexique fait valoir que l'admissibilité du thon capturé autrement que par encerclement des dauphins et l'inadmissibilité du thon capturé par encerclement des dauphins "n'ont pas de lien rationnel avec l'objectif de la mesure"²⁴⁵ parce qu'en fait, les méthodes de pêche admissibles pour capturer du thon *Dolphin Safe* "entraînent une mortalité et des blessures graves importantes des dauphins".²⁴⁶ Pour étayer ce point de vue, le Mexique a présenté des éléments de preuve faisant valoir que "des dizaines voire des centaines de milliers de [mammifères marins] [étaient] tués chaque année, pris au piège

²⁴⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 247 à 249.

²⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 235 (cité dans la première communication écrite du Mexique, paragraphe 227).

²⁴² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 233.

²⁴³ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 226.

²⁴⁴ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 250.

²⁴⁵ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 252.

²⁴⁶ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 248.

d'engins de pêche".²⁴⁷ En effet, le Mexique maintient que "ces méthodes de pêche "admisses" ont des effets nuisibles sur les dauphins qui sont égaux ou supérieurs à ceux de la méthode exclue de la pêche au thon par encerclement des dauphins d'une manière conforme à l'AIDCP"²⁴⁸, tout en faisant valoir que, pour prouver le bien-fondé de son argumentation, il lui suffit de montrer que "d'autres méthodes de pêche entraînent aussi une mortalité et des blessures graves importantes des dauphins".²⁴⁹ Le Groupe spécial note qu'un certain nombre de pièces présentées dans cette procédure ont également été présentées dans la procédure initiale.

7.112. Deuxièmement, le Mexique maintient que la distinction n'est pas impartiale parce qu'elle "suppose que l'encerclement des dauphins d'une manière conforme à l'AIDCP a des effets nuisibles sur les dauphins qui justifient son exclusion, et cette hypothèse est permanente et ne changera pas, même si des éléments de preuve établissent qu'il n'y a pas d'effets nuisibles sur les stocks de dauphins. ... En même temps, la mesure modifiée concernant le thon suppose que la capture du thon au moyen d'autres méthodes de pêche n'a pas d'effets nuisibles sur les dauphins. Or, les éléments de preuve présentés par le Mexique ... contredisent cette hypothèse et établissent que d'autres méthodes de pêche ont d'importants effets nuisibles sur les dauphins qui sont égaux ou supérieurs à ceux de l'encerclement des dauphins d'une manière conforme à l'AIDCP".²⁵⁰

7.113. Compte tenu de ces arguments, le Mexique maintient que "[r]ien ne justifie le traitement différent" et demande instamment au Groupe spécial de constater que "[d]ans les circonstances du présent différend, toutes les méthodes de pêche au thon devraient être soit admises soit exclues"²⁵¹ pour ce qui est de l'accès au label *Dolphin Safe*.

7.114. Les États-Unis demandent au Groupe spécial de rejeter les allégations du Mexique pour plusieurs raisons, tant de procédure que de fond. Sur le plan de la procédure, les États-Unis font valoir que "l'Organe d'appel a déjà rejeté l'allégation du Mexique" selon laquelle les critères d'admissibilité violaient l'article 2.1 de l'Accord OTC.²⁵² D'après les États-Unis, "[c]ette tentative peu judicieuse faite par le Mexique pour obtenir maintenant ce qu'il n'a pas obtenu dans son appel de l'analyse du Groupe spécial initial au titre de l'article 2.1 devrait être rejetée".²⁵³

7.115. Sur le plan du fond, bien que les États-Unis admettent que, comme l'Organe d'appel l'a constaté dans la procédure initiale, les critères d'admissibilité ont un "effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains"²⁵⁴, ils rejettent l'allégation selon laquelle cet effet ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Selon les États-Unis, "tous les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins ne sont pas admissibles au bénéfice du label, *quelles que soient la pêche, la nationalité du navire et la nationalité de l'entreprise de transformation*"²⁵⁵; par conséquent, "[l]es prescriptions sont les mêmes pour tous les produits et rien dans la conception ou la structure de la mesure modifiée n'indique que les producteurs mexicains sont désavantagés d'une quelconque façon par rapport à leurs concurrents aux États-Unis ... ou ailleurs".²⁵⁶ De l'avis des États-Unis, tout effet préjudiciable ressenti par les producteurs mexicains découle des pratiques de pêche choisies par les thoniers mexicains, et non de la mesure modifiée concernant le thon elle-même.²⁵⁷

²⁴⁷ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 109. Sur la mortalité et les blessures des dauphins dues aux filets maillants, voir la première communication écrite du Mexique, paragraphes 126 à 131; sur la mortalité et les blessures des dauphins dues à la pêche à la palangre, voir la première communication écrite du Mexique, paragraphes 132 à 151; sur la mortalité et les blessures des dauphins dues au chalutage, voir la première communication écrite du Mexique, paragraphes 152 à 155.

²⁴⁸ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 248.

²⁴⁹ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 5 du Groupe spécial, paragraphe 26.

²⁵⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 263 (souligné dans l'original).

²⁵¹ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 263.

²⁵² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 214.

²⁵³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 201.

²⁵⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 215 (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 234 et 235).

²⁵⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 228; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 89 (italique dans l'original).

²⁵⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 231 (italique et souligné dans l'original).

²⁵⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 232.

7.116. En outre, les États-Unis font valoir que "les données scientifiques étayent les distinctions faites par la mesure modifiée et contredisent directement l'approche du Mexique".²⁵⁸ À l'appui de cette position, les États-Unis ont présenté des éléments de preuve qui, à leur avis, démontraient que la mortalité et les blessures graves des dauphins dues à l'encerclement des dauphins par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP étaient bien plus importantes que la mortalité et les blessures graves des dauphins dues à l'encerclement des dauphins autre que par de grands navires à sennes coulissantes.²⁵⁹ Dans la procédure initiale et dans la présente affaire, les États-Unis ont aussi présenté des éléments de preuve qui, à leur avis, montraient que la mortalité et les blessures graves des dauphins dans les zones de pêche à la senne coulissante et de pêche à la palangre situées à l'extérieur de l'ETP étaient bien moins importantes, par opération, que la mortalité et les blessures graves des dauphins dues à l'encerclement des dauphins par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP.²⁶⁰ Enfin, les États-Unis ont présenté des éléments de preuve qui, d'après eux, établissaient que les interactions avec les dauphins étaient bien plus fréquentes, et concernaient un nombre d'animaux bien plus élevé, dans les pêcheries des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP que dans d'autres pêcheries.²⁶¹ De l'avis des États-Unis, le Mexique n'a pas présenté d'éléments de preuve établissant que les dauphins étaient chassés pour capturer le thon dans une autre pêcherie que celle des grands navires équipés de sennes coulissantes.²⁶² Par conséquent, les États-Unis concluent que "[l']encerclement des dauphins n'est en rien sans risque pour les dauphins, et la mesure refuse à juste titre l'accès au label pour les produits du thon contenant du thon capturé par cette méthode".²⁶³

7.5.2.2.2 Analyse par le Groupe spécial

7.117. Nous commençons par rappeler que nous avons examiné plus haut les allégations des États-Unis concernant la compétence.²⁶⁴ Dans le cadre de cet examen, nous n'avons pas souscrit à l'argument des États-Unis selon lequel "l'allégation [du Mexique] ne rel[evait] pas du mandat du présent groupe spécial parce qu'[elle] repos[ait] entièrement sur les éléments de la mesure qui n'avaient pas été jugés en infraction avec l'article 2.1 par l'ORD et qui étaient inchangés par rapport à la mesure initiale".²⁶⁵ Nous avons indiqué que les constatations de l'Organe d'appel, et les décisions et recommandations de l'ORD, portaient sur la mesure initiale concernant le thon *dans son ensemble*, de sorte que les États-Unis n'étaient pas "en droit de supposer" qu'un aspect quelconque de la mesure était automatiquement et incontestablement compatible avec les accords visés.²⁶⁶

7.118. Néanmoins, à notre avis, l'argumentation des États-Unis concernant les critères d'admissibilité soulève une question additionnelle (quoique certainement connexe) que nous n'avons traitée que brièvement plus haut: la place et le rôle dans le présent rapport des constatations formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la procédure initiale. Les critères d'admissibilité étaient, somme toute, au cœur même de la procédure initiale et, de l'avis des États-Unis, "le Groupe spécial initial a déjà pleinement examiné l'argument du Mexique [sur ce point] et l'a jugé insuffisant".²⁶⁷ Selon les États-Unis, le Groupe spécial ne devrait pas donner au Mexique la possibilité de "faire appel" du rapport de l'Organe d'appel²⁶⁸, car cela compromettrait la

²⁵⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 237.

²⁵⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 19 du Groupe spécial, paragraphes 111 à 113; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 23; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 92.

²⁶⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 21 du Groupe spécial, paragraphes 136 à 142; réponse des États-Unis à la question n° 19 du Groupe spécial, paragraphes 116 à 118; première communication écrite des États-Unis, paragraphes 132 à 134 et 145.

²⁶¹ Réponse des États-Unis à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphes 88 et 89.

²⁶² Réponse des États-Unis à la question n° 20 du Groupe spécial, paragraphes 121 à 130.

²⁶³ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 93.

²⁶⁴ Voir plus haut la section 7.3.

²⁶⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 202.

²⁶⁶ Cf. la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 207. En effet, comme nous l'avons expliqué, le fait que des aspects de la mesure restent inchangés peut être *problématique* justement parce que l'Organe d'appel a constaté que la mesure initiale concernant le thon *dans son ensemble* était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si, en modifiant une partie de la mesure initiale (à savoir le règlement d'application), les États-Unis ont pu rendre l'ensemble de la mesure, qui est constituée de la DPCIA (inchangée) et de la décision *Hogarth*, ainsi que du règlement d'application pertinent, conforme à l'Accord sur l'OMC.

²⁶⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 230.

²⁶⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 202.

finalité des décisions et recommandations de l'ORD. De l'avis des États-Unis, les constatations de l'Organe d'appel qui ont été adoptées "doivent être considérées par les parties à un différend particulier *comme étant le règlement définitif de ce différend*".²⁶⁹

7.119. Comme nous l'avons expliqué plus haut dans notre examen du critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, il est approprié pour le présent groupe spécial, en tant que groupe spécial de la mise en conformité établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord pour examiner la mise en conformité avec une décision rendue par l'ORD dans une procédure antérieure, 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. Le Groupe spécial partage l'avis des États-Unis selon lequel, en principe, il ne devrait pas être donné aux parties à une procédure de mise en conformité la possibilité de revenir sur des questions qui ont déjà été "définitivement réglées" par l'Organe d'appel.²⁷⁰ La question que nous devons toutefois examiner est celle de savoir ce qui a précisément été "définitivement réglé" par l'Organe d'appel dans la procédure initiale à ce sujet.

7.120. De l'avis du Groupe spécial, il est tout à fait clair que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a 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*. L'Organe d'appel a constaté que l'encerclement des dauphins était "particulièrement dommageable pour ces derniers"²⁷¹, 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.

7.121. Surtout, l'Organe d'appel a aussi admis que ces dommages découlaient de la "chasse elle-même". Par conséquent, il a 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*²⁷², parce que "dans la mesure où [il] ne [serait] pas [fait] obstacle à ces effets non observés de l'encerclement des dauphins et à leurs conséquences possibles sur les populations de dauphins ... [permettre que le thon capturé par encerclement des dauphins soit étiqueté *Dolphin Safe*] ... serait susceptible d'assurer une moindre protection que les dispositions existantes des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*", même dans les cas où l'encerclement des dauphins a lieu d'une manière conforme à l'AIDCP.²⁷³ L'Organe d'appel a donc conclu que les risques que présentait l'encerclement pour les dauphins "étaient pleinement pris en compte" par l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe*, et a clairement indiqué que le fait d'exiger des États-Unis qu'ils éliminent cette exclusion compromettrait l'obtention du niveau de protection qu'ils souhaitaient.²⁷⁴

7.122. Le Groupe spécial estime donc que l'Organe d'appel a clairement constaté que l'encerclement des dauphins causait des dommages observés et non observés à ces derniers. Toutefois, d'après ce que nous croyons comprendre, ce qui rend l'encerclement des dauphins particulièrement dommageable, c'est le fait qu'il cause certains effets non observés *au-delà* de la mortalité et des blessures "découl[ant] de la chasse elle-même".²⁷⁵ Ces dommages continueraient d'exister "même si des mesures étaient adoptées pour éviter les prises et le massacre des dauphins dans les filets".²⁷⁶ C'est précisément parce que ces dommages non observés ne peuvent pas être limités par des mesures prises pour éviter que des dauphins ne soient tués ou blessés,

²⁶⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 198 (italique dans l'original).

²⁷⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Lingde de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphe 98.

²⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289.

²⁷² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.613.

²⁷³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.613.

²⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 287.

²⁷⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.504.

²⁷⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.504.

que le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel ont constaté que les États-Unis étaient en droit de traiter l'encerclement des dauphins différemment des autres méthodes de pêche.

7.123. Par conséquent, nous reprenons la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle les États-Unis sont 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. Nous rappelons que la mesure initiale des États-Unis a été jugée incompatible avec les règles de l'OMC (et en particulier, incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC), 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 – fait qui n'était pas pris en compte dans le système initial d'étiquetage.

7.124. À notre avis, une lecture attentive du rapport de l'Organe d'appel montre aussi que l'Organe d'appel a examiné et tranché la question de savoir si le fait que le système d'étiquetage du thon n'excluait pas d'autres méthodes de pêche au thon ôtait toute impartialité à la mesure. Élément important, l'Organe d'appel a constaté que "l'imposition d'une prescription voulant qu'un observateur indépendant certifie qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors des opérations de pêche au cours desquelles le thon avait été capturé [ne] serait [pas] le *seul* moyen permettant aux États-Unis d'adapter leurs dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* en fonction des risques que ... présentaient les techniques de pêche autres que l'encerclement des dauphins".²⁷⁷ Selon la lecture que nous en faisons, cette déclaration a un certain nombre d'implications importantes. Premièrement, elle reconnaît que, même si "les risques posés pour les dauphins par d'autres techniques de pêche [ne] [sont] [pas] négligeables"²⁷⁸, les États-Unis *peuvent* néanmoins faire la distinction entre l'encerclement des dauphins dont, comme nous l'avons indiqué, il a été constaté qu'il était "particulièrement dommageable", et d'autres méthodes de pêche au thon.

7.125. Deuxièmement, élément crucial pour la question dont nous sommes saisis, la déclaration indique que, selon l'Organe d'appel, les États-Unis peuvent mettre leur système d'étiquetage *Dolphin Safe* en conformité avec l'article 2.1 de l'Accord OTC *sans exclure des méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins*. Il en est ainsi parce que la question de la certification par des observateurs ne se pose que dans le cas des méthodes de pêche au thon qui sont, en principe, admises pour capturer le thon *Dolphin Safe*. Les prescriptions concernant la certification ne sont tout simplement pas pertinentes dans le cas des méthodes de pêche qui sont exclues pour capturer le thon *Dolphin Safe*, parce que le thon capturé par ces méthodes est *toujours et dans toutes les circonstances inadmissible* au bénéfice du label. La certification, qui est la condition préalable d'ordre documentaire pour accéder au label, n'est donc pertinente que pour le thon qui est en principe admissible à l'étiquetage *Dolphin Safe*. En déclarant que les États-Unis pouvaient "adapter" leur mesure sans nécessairement exiger que le thon capturé autrement que par encerclement des dauphins fasse l'objet d'une surveillance par des observateurs, l'Organe d'appel a implicitement reconnu que les méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins *n'avaient pas besoin d'être exclues pour que les États-Unis mettent leur mesure en conformité avec l'Accord OTC*. Pour dire les choses simplement, nous ne pensons pas que l'Organe d'appel aurait même abordé la question de la certification, qui n'est pertinente que pour les méthodes de pêche au thon qui sont, au moins en principe, *admissibles* pour capturer du thon *Dolphin Safe*, s'il avait estimé que les États-Unis devaient nécessairement exclure les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins pour rendre sa mesure impartiale.

7.126. Par conséquent, de l'avis du Groupe spécial, 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. L'Organe d'appel a constaté que ce n'était pas le cas. Compte tenu de cette constatation, nous ne pensons pas qu'il serait approprié que nous revenions sur cet examen. Ainsi, nous respectons et réaffirmons la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle, dans la mesure où ils modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains, les critères d'admissibilité sont impartiaux et, par conséquent, ne sont pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

²⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 296 (italique dans l'original).

²⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289.

7.127. Bien entendu, nous notons que l'Organe d'appel a fini par constater que la mesure initiale concernant le thon était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Cette constatation était toutefois fondée *non* sur le fait que les États-Unis excluaient le thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe*, mais sur le fait que le système réglementaire imposé par les États-Unis sur les méthodes de pêche au thon *autres* que par encerclement des dauphins, qui étaient admissibles pour la capture de thon *Dolphin Safe*, ne prenait pas suffisamment en compte les risques que ces méthodes présentaient pour les dauphins.²⁷⁹ La mesure n'était donc pas "impartiale", en violation de l'article 2.1.

7.128. Par conséquent, la question qui se pose au présent Groupe spécial n'est *pas* de savoir si les États-Unis peuvent, conformément à l'article 2.1 de l'Accord OTC, exclure tout le thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe* tout en admettant toutes les autres méthodes. Il s'agit pour nous de savoir si la mesure modifiée concernant le thon, y compris au moyen ou par le biais des modifications apportées par le règlement final de 2013, prend suffisamment en compte les risques que présentent pour les dauphins des méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins, c'est-à-dire des méthodes de pêche qui sont admises pour la capture du thon *Dolphin Safe*. C'est donc uniquement le système réglementaire qui s'applique actuellement à ces autres méthodes de pêche, qui sont admises pour la capture du thon *Dolphin Safe*, que le présent Groupe spécial devrait examiner.

7.129. En développant leur argumentation sur cette question, les deux parties ont fait référence à une série de pièces. Certaines avaient été présentées dans le cadre de la procédure initiale et d'autres étaient nouvelles. De notre point de vue, les nouveaux éléments de preuve présentés par les deux parties sur cette question étaient en fin de compte notre décision de confirmer les conclusions établies dans le différend initial selon lesquelles les États-Unis sont en droit de traiter l'encerclement des dauphins différemment des autres méthodes de pêche au thon. Les éléments de preuve présentés par le Mexique, en particulier dans sa première communication écrite, donnent assurément à penser qu'un nombre très important de dauphins sont 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.²⁸⁰ À l'instar du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel²⁸¹ (et, nous le notons, des États-Unis eux-mêmes)²⁸², nous admettons que la pêche au thon dans les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP peut causer, et de fait a causé, des dommages importants aux dauphins.

7.130. À notre avis, aucun des nouveaux éléments de preuve présentés par le Mexique n'est suffisant pour remettre en question la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle aucune méthode de pêche autre que l'encerclement des dauphins n'a sur ces derniers des effets aussi régulièrement dommageables que ceux qui sont causés par l'encerclement des dauphins.²⁸³ En ce qui concerne la pêche aux filets maillants, le Mexique a produit des éléments de preuve substantiels montrant que ces filets tuent et blessent gravement les dauphins. Toutefois, aucun de ces éléments de preuve ne donne à penser que les filets maillants ont le même type d'effets non observables que l'encerclement des dauphins. L'élément de preuve qui se rapproche le plus d'une telle allégation est la constatation faite par Gomercic *et al.*²⁸⁴ selon laquelle "[m]ême lorsque les dauphins ne se noient pas immédiatement dans un filet maillant, les interactions avec le filet causent leur mort plus tard".²⁸⁵ En particulier, le rapport indique que les filets maillants peuvent finir par provoquer la mort par étranglement même des dauphins qui parviennent à se dégager du filet. Cette affirmation est accompagnée de la photographie d'un dauphin qui a une "partie de filet maillant ... dépassant de la bouche".²⁸⁶ Même s'il est possible que des dauphins blessés dans des filets maillants *meurent* quelque temps plus tard, les blessures comme celles qui aboutissent à ce que des parties de filet maillant "dépassent de la bouche" de dauphins, sembleraient clairement être le type de "blessure grave" qui est observable et qui doit, conformément à la mesure modifiée concernant le thon, être soumis à certification. Par conséquent, bien que les éléments de preuve

²⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298.

²⁸⁰ Voir de manière générale la première communication écrite du Mexique, section III.A.

²⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289.

²⁸² Réponse des États-Unis à la question n° 15 du Groupe spécial, paragraphe 81.

²⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289 (notant que d'autres méthodes de pêche peuvent comporter "le même niveau de risque" seulement "dans certaines circonstances").

²⁸⁴ M. Gomercic *et al.*, "Bottlenose Dolphin (*Tursiops Truncatus*) Depredation resulting in Larynx Strangulation with Gill-net Parts", 25 *Marine Mammal Science* 392 (2009) (pièce MEX-52), page 396.

²⁸⁵ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 131.

²⁸⁶ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 131.

présentés par le Mexique donnent à penser que les filets maillants ont causé une mort *retardée* ou des blessures graves, ils n'indiquent pas que ces filets causent le même type de dommages non observables que ceux qui sont causés par l'encerclement des dauphins.

7.131. Pour ce qui est de la pêche à la palangre, le Mexique a présenté des éléments de preuve convaincants indiquant que "les opérations de pêche à la palangre provoquent la mort et la mutilation de dauphins".²⁸⁷ Les éléments de preuve du Mexique donnent par ailleurs à penser que, au moins dans certaines pêcheries, la pêche à la palangre a un effet défavorable sur la viabilité des populations de dauphins.²⁸⁸ Toutefois, là encore, aucun des éléments de preuve du Mexique ne donne à penser que la pêche à la palangre a des effets non observables semblables à ceux qui sont causés par l'encerclement des dauphins. Le Mexique allègue que "même lorsqu'ils ne meurent pas immédiatement du fait d'une interaction avec une palangre, les dauphins risquent de subir des mutilations au niveau de la bouche, des nageoires dorsales et d'autres parties du corps, ou de finir par se noyer s'ils ne parviennent pas à se libérer".²⁸⁹ Dans sa deuxième communication écrite, le Mexique affirme que "les dauphins subissent 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 sont menées par tout pays doté d'une flottille de pêche au thon commerciale".²⁹⁰ À l'appui de cette allégation, le Mexique renvoie à la section II.A.2 de sa deuxième communication écrite, qui porte sur "les éléments de preuve du Mexique concernant les risques pour les dauphins dans les pêcheries situées à l'extérieur de l'ETP". Les éléments de preuve résumés dans cette section établissent clairement que les méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins présentent de graves dangers pour ces derniers, mais nous n'avons pas été en mesure de trouver parmi lesdits éléments une quelconque indication que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins causent les types de dommages non observables qui sont causés par l'encerclement des dauphins.

7.132. Afin d'aider le Groupe spécial à comprendre si les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins causent des dommages non observables semblables à ceux qui sont causés par l'encerclement des dauphins – c'est-à-dire des dommages dont il n'y a pas de preuve au moment de la capture –, le Groupe spécial a demandé aux parties d'expliquer si "des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins caus[aient] des dommages non observés".²⁹¹ Dans sa réponse, le Mexique a résumé un grand nombre de rapports et d'études attestant les effets délétères que les méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins pouvaient avoir sur ces derniers. Ces éléments de preuve constituent une argumentation convaincante montrant que plusieurs méthodes de pêche au thon dans le monde ont des effets nuisibles sur la santé et le bien-être des populations de dauphins.²⁹² Toutefois, aucun de ces éléments ne donne à penser que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins infligent les mêmes types de dommages non observables que ceux qui sont causés par les opérations d'encerclement. Au contraire, les éléments de preuve du Mexique concernent 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 poisson²⁹³, la pêche à la palangre²⁹⁴, la pêche aux filets maillants²⁹⁵, la pêche au chalut²⁹⁶ et la pêche aux filets dérivants.²⁹⁷ Or, il s'agit

²⁸⁷ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 138.

²⁸⁸ D. Hamer, S. Childerhous et N. Gales, "Odontocete Bycatch and Depredation in Longline Fisheries: A Review of Available Literature and of Potential Solution", 28 *Marine Mammal Science* 345 (2012) (pièce MEX-55), page 345.

²⁸⁹ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 149.

²⁹⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 319.

²⁹¹ Question n° 15 du Groupe spécial.

²⁹² Voir la réponse du Mexique à la question n° 15 du Groupe spécial, paragraphes 85 à 92.

²⁹³ K.S.S.M. Yousuf *et al.*, "Observations on Incidental Catch of Cetaceans in Three Landing Centres Along the Indian Coast", 2 *Marine Biodiversity Records* 1 (pièce MEX-50), page 4.

²⁹⁴ *Kobe II Bycatch Workshop Background Paper* (pièce MEX-39), page 2; D. Hamer, S. Childerhous et N. Gales, "Odontocete Bycatch and Depredation in Longline Fisheries: A Review of Available Literature and of Potential Solution", 28 *Marine Mammal Science* 345 (2012) (pièce MEX-55); Pelagic Longline Take Reduction Team, *Key Outcomes* (NOAA Memorandum, 21-23 August 2012) (pièce MEX-62), pages 4 et 5; Turtle Restoration Project, *Pillaging the Pacific: Pelagic Longline Fishing Captures About 4.4 Million Sharks, Billfish, Seabirds, Sea Turtles, and Marine Mammals Each Year in the Pacific Ocean* (November 16, 2004) (pièce MEX-64); R. Baird et A. Gogone, "False Killer Whale Dorsal Fin Disfigurements as a Possible Indicator of Long-Line Fishery Interactions in Hawaiian Waters", 59 *Pacific Science* 592 (2005) (pièce MEX-66, page 597).

²⁹⁵ *Kobe II Bycatch Workshop Background Paper* (pièce MEX-39), page 2.

précisément du type d'interactions qui peut et doit, en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, être soumis à certification, et dont l'existence rend inadmissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* tout thon capturé au cours de l'opération pendant laquelle l'interaction dommageable (c'est-à-dire, la mort ou la blessure grave) a eu lieu. Il ne s'agit pas du type de dommages non observables qui se produisent, comme nous l'avons constaté, du fait de l'encerclement des dauphins et qui ne peuvent pas être soumis à certification parce qu'ils ne laissent pas de preuves observables.

7.133. Nous notons l'argument du Mexique selon lequel les États-Unis ont "expressément admis que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins causaient des dommages non observés".²⁹⁸ À l'appui de cette allégation, le Mexique mentionne la note de bas de page 20 de la deuxième communication écrite des États-Unis qui indique ce qui suit²⁹⁹:

[L]es États-Unis ne donnent pas à entendre que des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins ne causent *aucun* dommage non observé aux dauphins. Comme nous l'avons dit, de nombreuses techniques de pêche peuvent causer des dommages aux mammifères marins, y compris aux dauphins, et des dommages directs auront des effets indirects (et non observés). Si une femelle dauphin se noie accidentellement lors d'une opération de concentration de poisson à la senne coulissante, par exemple, ce dommage observé peut causer un dommage non observé à son petit, à savoir une vulnérabilité accrue aux prédateurs et le risque de mourir de faim. Mais le Mexique ne présente pas d'élément de preuve montrant que d'autres méthodes de pêche produisent un dommage qui se rapproche un tant soit peu du dommage non observé que l'encerclement des dauphins cause du fait de la chasse elle-même.

7.134. De l'avis du Groupe spécial, dans la note de bas de page 20, il n'est pas concédé, contrairement à ce que fait valoir le Mexique, que des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins causent le type de dommages non observables subis par les dauphins "du fait de la chasse elle-même". Dans la note de bas de page 20, il est reconnu que les dommages indirects et non observables peuvent découler par voie de conséquence de dommages *observables* causés par des méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins. Lorsque, par exemple, une femelle dauphin est tuée ou gravement blessée dans une opération impliquant le déploiement d'un engin, son petit peut aussi souffrir en raison de son (celle de sa mère) incapacité de s'occuper de lui, y compris lui fournir nourriture et protection. Toutefois, le point essentiel est que ces dommages découlent de la mortalité ou des blessures qui sont elles-mêmes observables et dont l'occurrence rend non-*Dolphin Safe* tous les thons capturés dans l'opération ou le déploiement d'engin pendant lequel la blessure ou la mort a eu lieu. Ces dommages peuvent être graves. Toutefois, parce qu'ils découlent directement de dommages observables – comme une blessure grave – qui pourraient tous être détectés et signalés, contrairement aux types de dommages non observables causés par l'encerclement des dauphins, ces types de dommages indirects sont qualitativement différents du type de dommages non observables causés par l'encerclement des dauphins. Comme il est expliqué plus haut, ces dommages (ceux qui sont causés par l'encerclement des dauphins) sont non observables en ce sens qu'il n'y a aucun élément de preuve de leur existence au moment de l'opération de pêche. Ils peuvent être infligés même lorsque aucun dauphin n'est pris dans les filets ou qu'un dauphin capturé est relâché sans blessure apparente. Par conséquent, il y a des dommages dont l'existence ne peut pas être consignée. Manifestement, cela compromettrait les objectifs des États-Unis qui, comme le Mexique le reconnaît, sont de "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 de ii) contribuer à la protection des dauphins, en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour

²⁹⁶ A. Ross et S. Isaac, *The Net Effect? A Review of Cetacean Bycatch in Pelagic Trawls and other Fisheries in the North-East Atlantic* (pièce MEX-71), page 15; L. Nunny, *The Price of Fish: A Review of Cetacean Bycatch in Fisheries in the North-East Atlantic* (pièce MEX-72), page 16.

²⁹⁷ Z. Smith et al., *Net Loss: The Killing of Marine Mammals in Foreign Fisheries* (NRDC Report R:13 11-B, January 2014) (pièce MEX-103), page 29.

²⁹⁸ Réponse du Mexique à la question n° 15 du Groupe spécial, paragraphe 88.

²⁹⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 17, note de bas de page 20.

encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins".³⁰⁰

7.135. Compte tenu de ce qui précède, nous 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 observés et non observés aux dauphins, ou que d'autres méthodes de pêche au thon causent régulièrement des dommages semblables. Le Groupe spécial souscrit plutôt au point de vue des États-Unis selon lequel "*même* s'il y a des zones de pêche au thon où sont utilisés ... des types d'engins qui produisent le même nombre de morts et de blessures graves chez les dauphins que celui qui est autorisé ou causé dans l'ETP...", il n'est simplement *pas* établi que ces pêcheries engendrent 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 découle de la chasse elle-même".³⁰¹ D'après ce que nous savons, cette position était aussi à la base de l'avis exprimé par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel sur cette question. Par conséquent, nous constatons que les nouveaux éléments de preuve présentés dans le cadre de la présente procédure viennent simplement corroborer la conclusion à laquelle le Groupe spécial et l'Organe d'appel sont parvenus dans le cadre de la procédure initiale.

7.5.2.3 Allégations restantes du Mexique concernant le traitement moins favorable: les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification

7.136. Dans la procédure initiale, le Groupe spécial a constaté, et l'Organe d'appel a admis, que le fait d'exclure le thon capturé par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe* "pren[ait] pleinement en compte les effets nuisibles résultant pour les dauphins de leur encerclement dans l'ETP".³⁰² L'Organe d'appel a aussi constaté, toutefois, que "l'utilisation de certaines méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins "à l'extérieur de l'ETP [pouvait] produire et [avait] produit des niveaux élevés de captures accessoires de dauphins" et "les dispositions des États-Unis [en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*] ne pren[aient] pas en compte la mortalité observée, ni aucun des effets nuisibles pour les populations de dauphins, en ce qui concerne le thon qui n'[était] pas capturé par encerclement des dauphins"". ³⁰³ Comme la mesure initiale prenait pleinement en compte les risques que présentait pour les dauphins la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, mais ne prenait pas suffisamment en compte les risques pour les dauphins résultant d'autres pêcheries, l'Organe d'appel a constaté que la mesure était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.137. D'après ce que nous croyons comprendre, l'Organe d'appel a alors demandé aux États-Unis de modifier leur système d'étiquetage *Dolphin Safe* pour faire en sorte qu'il prenne suffisamment en compte les risques analogues présentés pour les dauphins par toutes les méthodes de pêche dans tous les océans. Dans la présente procédure, le Mexique fait valoir que les États-Unis ne l'ont pas fait. Pour étayer cette position, comme nous l'avons exposé plus haut, il indique trois distinctions réglementaires qui, à son avis, continuent de ne pas prendre en compte de manière adéquate les risques que présentent pour les dauphins des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins dans l'ETP: les critères d'admissibilité, les prescriptions différentes concernant la certification, et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification. Nous avons expliqué plus haut que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel avait constaté que les critères d'admissibilité ne violaient pas l'article 2.1 de l'Accord OTC. Nous passons maintenant à l'examen des deux distinctions restantes. Notre tâche, en ce qui concerne ces distinctions, consiste à déterminer si la mesure modifiée concernant le thon prend suffisamment en compte les divers risques résultant pour les dauphins de différentes méthodes de pêche utilisées dans différents océans, ou si elle continue de "ne pas pren[dre] ... en compte la mortalité observée ... en ce qui concerne le thon" capturé par d'autres méthodes que l'encerclement des dauphins dans l'ETP.

7.138. Nous notons que cette détermination a lieu uniquement dans la mesure où les États-Unis ont choisi de prendre en compte les risques résultant pour les dauphins de la pêche au thon. Autrement dit, il n'existe aucune obligation générale dans le droit de l'OMC qui impose aux États-Unis de protéger les dauphins. L'obligation qui incombe aux États-Unis au titre de l'Accord

³⁰⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 3.

³⁰¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 113 (mentions internes omises).

³⁰² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

³⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298.

sur l'OMC est, de façon générale, de ne pas établir de discrimination à l'égard des produits importés. Mais dans la mesure où les États-Unis ont choisi de prendre pleinement en compte les risques présentés pour les dauphins par l'encerclement de ces derniers dans l'ETP – et y sont parvenus –, l'Organe d'appel a constaté qu'ils devaient aussi prendre en compte les risques que présentaient pour les dauphins d'autres pêcheries s'ils devaient agir d'une manière non discriminatoire.³⁰⁴

7.139. Dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a admis que "l'utilisation de certaines techniques de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins [pouvait] ... causer des dommages aux dauphins".³⁰⁵ Il a aussi constaté que même si "certaines conditions environnementales existant dans l'ETP (telles que l'intensité de l'association entre les thons et les dauphins) [étaient] uniques, les éléments de preuve ... donn[ai]ent à penser que les *risques* encourus par les populations de dauphins dans l'ETP ne l[étaient] pas".³⁰⁶ L'Organe d'appel 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".³⁰⁷

7.140. Surtout, l'Organe d'appel a constaté que la certification exigée par la mesure initiale concernant le thon pour les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins – indiquant "qu'aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de l'expédition de pêche" – "ne permet[tait] ... pas de remédier aux risques découlant des autres méthodes de pêche, telles que les dispositifs de concentration du poisson". L'Organe d'appel a expliqué que "les risques résultant pour les dauphins des méthodes de pêche autres que 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"". ³⁰⁸

7.141. Or, imposer une nouvelle prescription de fond, c'est précisément ce que les États-Unis ont fait par le biais du règlement final de 2013. Comme le Groupe spécial l'a indiqué dans la partie descriptive de son rapport, le règlement final de 2013 exige qu'à compter de sa date d'entrée en vigueur, *tout* le thon, peu importe où et comment il a été capturé, ne peut être étiqueté *Dolphin Safe* que s'il n'a pas été capturé lors d'une opération ou autre déploiement d'engins au cours desquels un ou plusieurs dauphins ont été tués ou gravement blessés. Cela veut dire que la certification de fond qui est exigée pour tout le thon, quels que soient le lieu et le mode de capture, est à présent la même. De l'avis du Groupe spécial, cette nouvelle uniformité de la certification de fond exigée prend en compte les préoccupations spécifiques identifiées par l'Organe d'appel au paragraphe 292 de son rapport, et met la mesure modifiée sur la voie de la conformité avec le droit de l'OMC.

7.142. Bien que le Mexique n'ait pas contesté les nouvelles prescriptions de fond concernant la certification, il fait valoir que les différences persistantes quant à savoir *qui* doit procéder aux certifications de fond et dans quelles circonstances, et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification qui s'appliquent à l'intérieur et à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, signifient que la mesure modifiée concernant le thon ne prend pas en compte d'une manière impartiale les risques analogues qui pèsent sur les dauphins dans les différentes pêcheries, et continue donc de violer l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.143. Avant d'aller plus loin, le Groupe spécial rappelle que les deux distinctions en cause dans la présente section de son rapport ne sont pertinentes que pour le thon admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* et destiné à recevoir ce label. La mesure modifiée concernant le thon n'*interdit* pas la vente de thon non-*Dolphin Safe* aux États-Unis, mais contrôle seulement l'accès au label *Dolphin Safe* des États-Unis.³⁰⁹ Par conséquent, le thon qui n'est pas admissible au bénéfice

³⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298.

³⁰⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 288 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.520).

³⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 288 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.552) (*italique dans l'original*).

³⁰⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 288 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.617).

³⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 292 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.561).

³⁰⁹ Voir plus haut le paragraphe 3.2.

de ce label (c'est-à-dire le thon capturé par encerclement de dauphins) ou qui n'est pas destiné être vendu sous le label *Dolphin Safe* n'est pas affecté par ces distinctions réglementaires.

7.144. S'agissant de l'ordre d'analyse, le Groupe spécial relève que, dans ses communications, le Mexique traite d'abord les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, et ensuite les prescriptions différentes concernant la certification. Dans notre rapport, toutefois, nous examinons d'abord les prescriptions différentes concernant la certification et ensuite les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, suivant ce que nous comprenons être l'ordre chronologique dans lequel se présentent les prescriptions imposées par les distinctions réglementaires pertinentes.³¹⁰ Il s'agit simplement d'une question de présentation, et nous ne pensons pas qu'elle ait un quelconque impact sur la teneur de notre analyse.

7.5.2.4 Prescriptions différentes concernant la certification

7.145. Le Mexique décrit les prescriptions différentes concernant la certification comme suit:

Les 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.³¹¹

7.146. Avant de passer à l'analyse de fond, nous notons que la description de la distinction réglementaire que le Mexique donne dans sa première communication écrite n'est pas tout à fait complète, dans la mesure où elle peut sembler indiquer que les thoniers à l'extérieur de l'ETP et les navires autres que les grands navires équipés de sennes coulissantes à l'intérieur de l'ETP ne sont *jamaïs* assujettis aux prescriptions obligatoires concernant les observateurs. Ce serait incorrect. Comme nous l'avons expliqué dans la partie descriptive de notre rapport, ces navires peuvent en effet être assujettis aux prescriptions obligatoires concernant les observateurs si certaines conditions sont réunies.³¹²

7.147. De plus, la description de la distinction que le Mexique donne dans sa première communication écrite fait référence aux prescriptions concernant les observateurs pour "le thon capturé dans l'ETP par encerclement des dauphins". Or, d'après ce que nous croyons comprendre, la mesure modifiée concernant le thon exige une certification par un observateur pour tout le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. L'élément déterminant pour la prescription concernant la certification par l'observateur n'est donc pas la méthode effectivement utilisée pour capturer le thon (par exemple l'encerclement des dauphins), mais le type de navire et le lieu où il pêche. En vertu de la mesure modifiée concernant le thon, les grands navires à sennes coulissantes dans l'ETP sont tenus d'apporter la preuve d'une certification par un observateur conforme à l'AIDCP (et donc d'avoir à leur bord des observateurs) qu'ils aient ou non l'intention d'encercler des dauphins ou qu'ils procèdent ou non effectivement par encerclement.

7.148. Par conséquent, la distinction réglementaire pertinente pourrait, à notre avis, être plus exactement décrite comme suit: Les prescriptions obligatoires concernant la certification par des observateurs indépendants pour tout le thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et l'absence de telles prescriptions (à moins que certaines déterminations n'aient été faites au sujet de la pêcherie dans laquelle le thon a été capturé) pour tout le thon capturé dans toutes les autres pêcheries.

7.149. De fait, le Mexique lui-même a révisé sa description de cette distinction réglementaire au cours de la procédure. Dans sa déclaration liminaire à la réunion du Groupe spécial avec les parties, il a décrit la distinction de la façon suivante:

Dans le cas du thon mexicain, la désignation initiale du statut *Dolphin Safe* est soumise à des prescriptions obligatoires concernant les observateurs indépendants présents au moment où le thon est pêché dans l'océan, ce qui empêche le thon

³¹⁰ Ainsi, les obligations en matière de certification s'imposent en premier, au moment de la capture; et les obligations en matière d'enregistrement des données ne s'imposent qu'ensuite, une fois que le thon pêché a été entreposé à bord du navire.

³¹¹ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 236.

³¹² Voir plus haut le paragraphe 3.45.

non-*Dolphin Safe* d'être étiqueté à tort *Dolphin Safe*, tandis que dans le cas du thon provenant d'autres pays, la désignation initiale du statut *Dolphin Safe* n'est pas établie par des observateurs indépendants, ce qui fait que le thon peut être étiqueté à tort *Dolphin Safe* alors qu'en réalité il ne l'est pas.³¹³

7.150. À notre avis, cette formulation rend compte avec plus d'exactitude de la distinction réglementaire en cause (même si nous relevons que tout le thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, y compris le thon capturé par des navires battant pavillon d'autres pays que le Mexique, est assujéti à la prescription concernant les observateurs, de sorte qu'il s'agit d'une distinction *de facto* et non *de jure*). Elle est conforme à l'interprétation que nous avons exposée plus haut, au paragraphe 7.148. Nous baserons donc notre analyse sur cette description de la distinction réglementaire pertinente.

7.151. Dans les paragraphes suivants, nous examinons d'abord si les prescriptions différentes concernant la certification modifient les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains. Si le Mexique peut nous convaincre de l'existence de cet effet préjudiciable, nous poursuivrons notre examen pour déterminer si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.5.2.4.1 Question de savoir si les prescriptions différentes concernant la certification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et produits du thon similaires du Mexique

7.5.2.4.1.1 Arguments des parties

7.152. Comme le Groupe spécial l'a indiqué plus haut dans le contexte de l'examen des critères d'admissibilité, l'élément central de l'allégation du Mexique concernant le traitement préjudiciable est que, en vertu de la mesure modifiée concernant le thon, la majeure partie des thons et des produits du thon mexicains – qui sont capturés, ou élaborés à partir de thons capturés, par encerclement des dauphins – 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 – qui sont capturés, ou élaborés à partir de thons capturés, autrement que par encerclement des dauphins – est admissible. Compte tenu de cette allégation centrale, l'argument du Mexique concernant l'effet préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant la certification n'est pas que ces prescriptions en soi bloquent ou entravent l'accès du Mexique au label *Dolphin Safe*. La plainte du Mexique est plutôt la suivante:

[L]'absence de prescriptions suffisantes ... concernant les observateurs pour le thon utilisé pour élaborer des produits du thon des États-Unis et d'autres pays signifie que les produits du thon mexicains perdent des possibilités de concurrence par rapport aux produits du thon qui peuvent être étiquetés *Dolphin Safe* de façon inexacte. C'est cette différence qui crée l'effet préjudiciable.³¹⁴

7.153. Selon le Mexique, l'effet préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant la certification ne découle pas du "refus de possibilité de concurrence" – au-delà ou en plus du refus inhérent à l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins³¹⁵ – mais de l'octroi d'"un avantage concurrentiel" au thon et aux produits du thon des États-Unis et d'autres Membres de l'OMC.³¹⁶

7.154. D'après ce que nous croyons comprendre, le Mexique allègue donc qu'en exigeant la certification par des observateurs pour tout le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP sans exiger la même chose pour le thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon impose une charge moins lourde, en ce qui concerne l'accès au label *Dolphin Safe*, pour le

³¹³ Déclaration liminaire du Mexique, paragraphe 52.

³¹⁴ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 117 (souligné dans l'original).

³¹⁵ Déclaration liminaire du Mexique, paragraphe 50.

³¹⁶ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 117.

thon capturé dans les pêcheries de l'ETP autrement que par encerclement des dauphins.³¹⁷ En facilitant l'accès au label pour le thon capturé autrement que par encerclement des dauphins dans l'ETP, les prescriptions différentes concernant la certification donnent un avantage concurrentiel à ce thon. Cela modifie les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains. Le Mexique allègue aussi que du fait des prescriptions différentes concernant la certification, il est possible que le thon capturé lors d'une opération ou autre déploiement d'engins au cours desquels un dauphin a été tué ou gravement blessé soit de façon incorrecte étiqueté *Dolphin Safe*. En conséquence, le thon qui n'est pas en réalité *Dolphin Safe* pourrait bénéficier de l'avantage commercial lié au port du label *Dolphin Safe*. En revanche, "[d]ans le cas du thon mexicain, la désignation initiale du statut *Dolphin Safe* est soumise à des prescriptions obligatoires concernant les observateurs indépendants présents au moment où le thon est pêché dans l'océan, ce qui empêche le thon non-*Dolphin Safe* d'être étiqueté à tort *Dolphin Safe*".³¹⁸

7.155. Les États-Unis rejettent les arguments du Mexique. Comme nous l'avons indiqué plus haut, la principale affirmation des États-Unis est que "l'effet préjudiciable ne découle ni" des prescriptions différentes concernant la certification ni des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification. En fait, "le premier élément indiqué par le Mexique [à savoir les critères d'admissibilité] est l'effet préjudiciable", et puisque "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 les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification n'existaient pas, "le Mexique ne peut tout simplement pas établir l'existence d'un lien de causalité entre l'effet préjudiciable" et les prescriptions différentes concernant la certification, ainsi que le repérage et la vérification".

7.156. À l'appui de cette allégation, les États-Unis font valoir que "le Mexique n'a produit *aucun* élément pour prouver" que soit les prescriptions différentes concernant la certification soit les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains. Selon les États-Unis:

Il apparaît que ce que le Mexique affirme, c'est que son accès au marché s'améliorerait s'il se produisait l'une des deux choses suivantes: 1) les États-Unis éliminent l'obligation d'inclure dans le formulaire 370 qui accompagne les produits du thon mexicains le numéro de repérage prescrit par l'AIDCP et une certification des pouvoirs publics mexicains attestant qu'un observateur était à bord du navire; ou 2) les États-Unis exigent que tous les produits du thon contenant du thon satisfassent à des prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et des prescriptions concernant la surveillance par des observateurs équivalentes à celles de l'AIDCP.

Mais le Mexique n'a produit aucun élément de preuve établissant que davantage de produits du thon non-*Dolphin Safe* mexicains seraient vendus sur le marché des États-Unis dans l'un ou l'autre de ces cas de figure. Les préférences des consommateurs n'ont pas changé aux États-Unis. La demande de produits du thon non-*Dolphin Safe* reste faible chez les consommateurs. Il n'existe aucun lien de causalité entre ces prescriptions et le refus de l'"accès" au label dont l'Organe d'appel a déterminé qu'il constituait l'effet préjudiciable.³¹⁹

7.157. De plus, dans leur déclaration liminaire à la réunion du Groupe spécial avec les parties, les États-Unis ont affirmé que le "Mexique n'[avait] pas ... présenté d'éléments de preuve indiquant que même si une commercialisation illicite pouvait être constatée, cet événement malheureux se produirait plus souvent que pour les produits du thon contenant du thon de l'ETP".³²⁰

7.158. Aussi, les États-Unis demandent au Groupe spécial de rejeter les arguments du Mexique.

³¹⁷ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 193 (faisant valoir que la mesure modifiée concernant le thon impose "une norme pour le thon capturé à l'intérieur de l'ETP, et une norme séparée et moins rigoureuse pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP").

³¹⁸ Déclaration liminaire du Mexique, paragraphe 52 (pas d'italique dans l'original).

³¹⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 76 et 77.

³²⁰ Déclaration liminaire des États-Unis, paragraphe 26.

7.5.2.4.1.2 Analyse par le Groupe spécial

7.159. Comme le Groupe spécial l'a expliqué dans le cadre de son examen du critère juridique au titre de l'article 2.1³²¹, il y a traitement moins favorable au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans les cas où a) la mesure en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits importés; et b) au moins lorsque le traitement préjudiciable est *de facto*, le traitement préjudiciable identifié au point a) ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Un groupe spécial doit nécessairement formuler une constatation concernant l'existence d'un traitement préjudiciable avant d'examiner si ce traitement découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Si un plaignant ne peut pas établir *prima facie* l'existence de ce traitement, un groupe spécial ne peut pas passer à la deuxième étape de l'analyse du traitement moins favorable, puisque, comme l'Organe d'appel l'a dit, seuls les aspects d'un règlement technique qui donnent lieu au traitement préjudiciable doivent être examinés au regard du critère de la distinction réglementaire légitime.³²² Par conséquent, si le Mexique n'est pas en mesure de montrer *prima facie* que les prescriptions différentes concernant la certification accordent un traitement préjudiciable à ses produits du thon sur le marché des États-Unis, nous n'avons pas besoin de passer à la deuxième partie de l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.160. Le Groupe spécial a déjà constaté plus haut que le Mexique avait formulé une allégation distincte de traitement moins favorable au sujet des prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, et qu'il était approprié que nous examinions cette allégation, même si elle avait été développée au fil des première et deuxième communications écrites du Mexique. Par conséquent, nous passons maintenant à l'examen du bien-fondé de l'allégation du Mexique.

7.161. La première question à laquelle il nous faut répondre est celle de savoir si le Mexique est parvenu à prouver, *prima facie*, que les prescriptions différentes concernant la certification modifiaient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique. En particulier, nous devons déterminer si, comme le Mexique l'a fait valoir, l'absence d'une prescription concernant la surveillance par des observateurs pour les navires de pêche autres que les grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP confère effectivement un avantage concurrentiel en imposant une charge moins lourde, en ce qui concerne l'accès au label *Dolphin Safe*, pour le thon et les produits du thon élaborés à partir de thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, y compris en augmentant la probabilité que ce thon puisse être étiqueté *Dolphin Safe* même s'il est capturé lors d'une opération ou autre déploiement d'engins au cours desquels des dauphins ont été tués ou gravement blessés.

7.162. De l'avis du Groupe spécial, il est évident qu'en n'exigeant pas une surveillance par des observateurs à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon impose une charge moins lourde pour le thon et les produits du thon élaborés à partir de thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. Les États-Unis ont reconnu que la surveillance par des observateurs occasionnait des dépenses importantes³²³ et, dans leurs réponses orales à la réunion du Groupe spécial et dans leurs réponses écrites aux questions du Groupe spécial, les deux parties ont bien précisé que les coûts de la mise en œuvre de la surveillance par des observateurs pouvaient être élevés.³²⁴ De fait, les États-Unis ont explicitement reconnu que les dépenses nécessaires à l'établissement et au maintien de programmes d'observation "constitu[aient] [un] obstacle énorme à l'entrée" sur leur marché du thon, et pouvaient représenter des centaines de millions de dollars.³²⁵ À notre avis, ces faits amènent clairement à la conclusion que les prescriptions différentes concernant la certification imposent une charge moindre pour le thon et les produits du thon élaborés à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, et modifient donc les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains.

³²¹ Voir plus haut la section 7.5.1.

³²² Rapport de l'Organe d'appel *États Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 286.

³²³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 265 et 266.

³²⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 265; réponses des États-Unis et du Mexique aux questions n° 48, 49 et 50 du Groupe spécial. Voir, en particulier, la réponse du Mexique à la question n° 48 du Groupe spécial, paragraphes 137 et 138 (expliquant les coûts supportés par le Mexique).

³²⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 49 du Groupe spécial, paragraphe 266.

7.163. S'agissant de l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification modifient de façon préjudiciable les conditions de concurrence parce qu'elles augmentent 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, nous souscrivons au point de vue des États-Unis selon lequel le Mexique n'a pas présenté d'"éléments de preuve [spécifiques] indiquant que les produits du thon non-*Dolphin Safe* élaborés à l'extérieur de l'ETP [étaient] commercialisés de manière illicite aux États-Unis comme étant *Dolphin Safe*".³²⁶ Nous ne sommes toutefois pas convaincus que le Mexique est tenu, en droit, de produire de tels éléments de preuve pour étayer son allégation. Comme nous l'expliquons dans notre examen du critère de la preuve³²⁷, il est bien établi que, pour démontrer le bien-fondé d'une allégation d'effet préjudiciable, un plaignant n'est pas censé montrer que la mesure en cause "donnera ... lieu à un traitement moins favorable pour les produits importés similaires dans absolument tous les cas".³²⁸ En fait, l'Organe d'appel a maintes fois répété dans le contexte de l'analyse du traitement moins favorable au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, que "l'examen [du point de savoir si une mesure modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés] n'a pas besoin d'être fondé sur les *effets réels* de la mesure contestée sur le marché".³²⁹

7.164. Cette observation s'applique avec un poids particulier dans le contexte de l'analyse du traitement préjudiciable au titre de l'article 2.1, à propos de laquelle l'Organe d'appel a donné pour instruction aux groupes spéciaux d'examiner attentivement "la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application" du règlement technique en cause.³³⁰ Conformément à cette instruction, les groupes spéciaux sont à la fois habilités et, de fait, tenus d'examiner minutieusement ce que l'on pourrait dénommer les particularités ou caractéristiques "objectives" de la mesure – c'est-à-dire non seulement la façon dont la mesure fonctionne dans les faits, mais aussi la façon dont elle est conçue, la façon dont ses divers éléments se combinent et les conséquences qui pourraient découler de sa structure et de ses principes de base généraux. Par conséquent, rien ne nous empêcherait d'examiner les éléments de preuve des cas effectifs d'étiquetage incorrect si le Mexique nous les avait présentés, mais nous ne pensons pas que le fait que le Mexique n'a pas produit ces éléments de preuve soit réhibitore s'agissant de son allégation selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains.

7.165. Bien entendu, cela ne veut pas dire que le Mexique n'a besoin de fournir *aucun* élément de preuve pour étayer ses allégations: une constatation de l'existence d'un traitement préjudiciable "ne peut pas reposer sur une simple affirmation".³³¹ Le Mexique peut, toutefois, établir le bien-fondé de son allégation en s'appuyant sur des éléments de preuve et des arguments portant sur la "conception, les principes de base et la structure révélatrice" de la mesure modifiée concernant le thon. Et c'est, de fait, ce qu'il a essayé de faire.

7.166. La principale affirmation factuelle à la base de l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification peuvent faciliter l'étiquetage incorrect du thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est que "les capitaines ne sont ni qualifiés ni habilités pour faire" une désignation exacte indiquant qu'aucun dauphin n'a été tué ni gravement blessé lors d'un déploiement d'engins particulier.³³² Par conséquent, de l'avis du Mexique, "il est à la fois approprié et nécessaire qu'il y ait une prescription concernant les observateurs indépendants pour la pêche au thon à l'extérieur de

³²⁶ Déclaration liminaire des États-Unis, paragraphe 26.

³²⁷ Voir plus haut la section 7.4.2.

³²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 221.

³²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 215. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphes 129 ("Cette analyse n'a pas besoin d'être fondée sur des éléments de preuve empiriques concernant les effets réels de la mesure en cause sur le marché intérieur du Membre concerné. Bien entendu, rien n'empêche un groupe spécial de prendre en compte de tels éléments de preuve relatifs aux effets réels") et 134 ("Une telle étude pourrait tout à fait comporter – mais n'exige pas – une évaluation de la mesure contestée à la lumière des éléments de preuve relatifs à ses effets réels sur le marché").

³³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 206; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 225.

³³¹ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 130.

³³² Première communication écrite du Mexique, paragraphe 285; deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 168.

l'ETP".³³³ D'après le Mexique, l'incapacité des capitaines de certifier de façon exacte le statut *Dolphin Safe* du thon "crée un risque très réel que le thon puisse être indûment certifié *Dolphin Safe*", ce qui a pour conséquence que "le thon capturé dans l'ETP, qui est certifié de façon exacte *Dolphin Safe* par des observateurs indépendants, perdra des possibilités de concurrence par rapport au thon capturé à l'extérieur de l'ETP, qui a reçu une certification *Dolphin Safe* foncièrement peu fiable".³³⁴

7.167. Les États-Unis rejettent ces allégations. À leur avis, "[l]e fait est que la déclaration du capitaine est un moyen efficace de déterminer si le thon est admissible au bénéfice du label".³³⁵ D'après les États-Unis, "l'argument du Mexique suppose que les capitaines qui pêchent à l'extérieur de l'ETP certifient frauduleusement que le thon est *Dolphin Safe* lorsqu'il ne l'est pas"³³⁶, mais "le Mexique n'a présenté aucun élément de preuve de cette fraude".³³⁷ Les États-Unis concluent que "le Mexique ne peut pas espérer prouver son allégation simplement en insistant – et rien de plus – sur le fait que la certification par les capitaines qui pêchent à l'extérieur de l'ETP est foncièrement peu fiable".³³⁸

7.168. Nous relevons que les États-Unis eux-mêmes ont reconnu que la certification par des observateurs "renfor[çait]" la certification *Dolphin Safe*.³³⁹ D'après ce que nous croyons comprendre, cela revient à concéder que la certification par des observateurs rehausse ou accroît l'exactitude et la fiabilité du label. Cette concession ne permet pas de conclure que, en l'absence d'observateurs, les certifications par les capitaines sont toujours et nécessairement "foncièrement peu fiables"³⁴⁰, mais en reconnaissant que la certification par des observateurs "renforce" la certification *Dolphin Safe*³⁴¹, les États-Unis ont admis que la certification par des observateurs pouvait rehausser la véracité, la fiabilité et, surtout, l'exactitude de la certification pertinente. Ainsi, il apparaît que même dans leur propre argumentation, les États-Unis reconnaissent qu'il est peut-être *plus facile* ou *plus probable* que les certifications *Dolphin Safe* établies uniquement par des capitaines soient inexactes par rapport aux certifications établies par des capitaines et des observateurs. Naturellement, il s'ensuit qu'il est peut-être plus probable que le thon soit étiqueté *Dolphin Safe* de façon inexacte lorsqu'il est capturé par des navires autres que de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP que lorsqu'il est capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP.

7.169. De l'avis du Groupe spécial, toutefois, il n'est pas nécessaire de formuler une constatation définitive sur ce point. La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions différentes imposent une charge moins lourde, s'agissant de l'accès au label *Dolphin Safe*, pour le thon et les produits du thon élaborés à partir de thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP est suffisante pour justifier une constatation établissant que cet aspect de la mesure modifie les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains. Compte tenu de ce qu'il croit être la concession des États-Unis, le Groupe spécial juge relativement fondée l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification peuvent augmenter la probabilité que le thon capturé à l'extérieur de l'ETP puisse être étiqueté de façon inexacte. Toutefois, au final, une constatation définitive sur ce point nécessiterait une analyse complexe et détaillée de tous les divers facteurs qui peuvent aboutir à un étiquetage inexact du thon. Une telle analyse n'est pas nécessaire dans le contexte du présent différend.

7.170. En conséquence, le Groupe spécial retient l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification modifient de façon préjudiciable les conditions de concurrence parce qu'elles imposent une charge bien moins lourde pour le thon et les produits du thon élaborés à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP que pour le thon capturé à l'intérieur de l'ETP.

³³³ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 167.

³³⁴ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 182.

³³⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 267.

³³⁶ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 122 (italique dans l'original).

³³⁷ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 100.

³³⁸ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 122.

³³⁹ Voir les réponses des États-Unis à la question n° 31 du Groupe spécial, paragraphe 175, et à la question n° 32 du Groupe spécial, paragraphe 180.

³⁴⁰ Cf., par exemple, la deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 147.

³⁴¹ Réponse des États-Unis à la question n° 31 du Groupe spécial, paragraphe 175; réponse des États-Unis à la question n° 32 du Groupe spécial, paragraphe 180.

7.171. Avant de conclure notre analyse du point de savoir si les prescriptions différentes concernant la certification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains, le Groupe spécial doit examiner l'affirmation des États-Unis selon laquelle tout effet préjudiciable subi par le thon et les produits du thon mexicains en raison des prescriptions différentes concernant les observateurs découle du régime de l'AIDCP et non de la mesure modifiée concernant le thon³⁴², de sorte qu'il n'existe aucune "véritable relation entre la mesure en cause et son incidence défavorable sur les possibilités de concurrence des produits importés".³⁴³ Bien que les États-Unis aient d'abord soulevé cette question dans la section de leur première communication écrite intitulée "Le Mexique ne prouve pas que l'effet préjudiciable ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime", ils ont explicitement reconnu que la question d'une "véritable relation" était pertinente pour le point de savoir si "la mesure des États-Unis [avait] un effet préjudiciable sur les conditions de concurrence".³⁴⁴ Par conséquent, nous pensons qu'il est approprié d'examiner cette question dans le présent contexte, même si nous y reviendrons aussi lors de notre examen du point de savoir si tout traitement préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant la certification découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.172. D'après les États-Unis, il n'existe pas de véritable lien entre la mesure modifiée concernant le thon et tout effet préjudiciable subi par le thon et les produits du thon mexicains en raison des prescriptions différentes concernant la certification parce que ces prescriptions différentes ne sont pas "établi[es]"³⁴⁵ par la mesure modifiée concernant le thon, mais par l'AIDCP, accord international auquel le Mexique a adhéré dans le libre exercice de sa souveraineté. La preuve de cette affirmation, selon les États-Unis, réside dans le fait que même "si les États-Unis éliminaient toutes les références à l'AIDCP (et à ses prescriptions) dans la mesure modifiée, les différences concernant l'enregistrement des données et les observateurs dont le Mexique se plaint *existeraient toujours*".³⁴⁶ Comme les États-Unis l'expliquent:

[L]es prescriptions du programme d'observation de l'AIDCP figurent dans l'AIDCP et les documents connexes. Ces prescriptions ne sont pas reprises dans la législation des États-Unis.

En revanche, la mesure modifiée exige que, pour ... [les grands navires équipés de sennes coulissantes ne battant pas pavillon des États-Unis qui pêchent dans l'ETP], le thon soit accompagné d'un formulaire 370 et d'une documentation valable, signés par le représentant de la nation membre de l'IDCP appropriée, qui certifie, entre autres choses, qu'un observateur agréé par l'IDCP se trouvait à bord pendant toute l'expédition.³⁴⁷

7.173. Ainsi, "[l]a prescription imposant aux grands navires équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP d'avoir à leur bord des observateurs (alors que d'autres navires n'y sont pas tenus) *découle de l'AIDCP*, non de la législation des États-Unis".³⁴⁸ En fait, d'après les États-Unis, la prescription n'est même pas "reprise dans la législation des États-Unis".³⁴⁹

7.174. Il apparaît que le Mexique reconnaît que les prescriptions différentes concernant la certification découlent de l'AIDCP, dans le sens qu'elles trouvent leur origine dans l'AIDCP. Cependant, de l'avis du Mexique, "[d]ans leur argumentation, les États-Unis cherchent à éluder le

³⁴² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 226.

³⁴³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 295 (citant les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.101).

³⁴⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 195.

³⁴⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 226.

³⁴⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 226 (italique dans l'original).

³⁴⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 253 et 254 (italique dans l'original). Voir aussi la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111 ("Dans le cas des grands navires mexicains équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP, tout thon vendu comme thon *Dolphin Safe* doit être accompagné d'un formulaire 370 et d'une documentation valable signés par un représentant du gouvernement mexicain qui atteste, entre autres choses, qu'un observateur agréé par l'AIDCP se trouvait à bord pendant toute l'expédition").

³⁴⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 256 (italique dans l'original).

³⁴⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 112.

fait que la mesure modifiée concernant le thon incorpore expressément les prescriptions de l'AIDCP".³⁵⁰ Le Mexique explique ce qui suit:

L'article d) 2) B) de la DPCIA établit que, pour qu'un produit du thon contenant du thon pêché dans l'ETP soit considéré comme *Dolphin Safe*, il doit être accompagné d'une déclaration écrite établie par i) un responsable du Département du commerce, ii) un représentant de la CITT [c'est-à-dire la Commission interaméricaine du thon des tropiques] ou iii) un représentant autorisé d'une nation participante dont le programme national respecte les exigences de l'AIDCP, qui indique qu'un observateur agréé par l'AIDCP se trouvait à bord du navire durant toute l'expédition et que cet observateur a certifié qu'il n'y avait eu aucun encerclement de dauphins pendant toute l'expédition et qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors de l'opération au cours de laquelle le thon avait été capturé. Cette prescription n'existe pas pour les produits élaborés avec du thon capturé à l'extérieur de l'ETP.³⁵¹

7.175. De l'avis du Mexique, étant donné que les prescriptions de l'AIDCP sont incorporées dans la mesure modifiée concernant le thon, "[l']argument des États-Unis selon lequel il n'existe aucun lien entre la mesure modifiée concernant le thon et l'AIDCP est ... indéfendable".³⁵²

7.176. Il est bien établi, comme l'Organe d'appel l'a estimé dans le contexte tant de l'article 2.1 de l'Accord OTC que de l'article III:4 du GATT de 1994, qu'"il doit exister dans chaque cas une véritable relation entre la mesure en cause et son incidence défavorable sur les possibilités de concurrence pour les produits importés par rapport aux produits nationaux similaires".³⁵³ Pour examiner s'il existe un "lien véritable" entre la mesure modifiée concernant le thon et l'effet préjudiciable allégué par le Mexique, nous rappelons aussi l'explication donnée par l'Organe d'appel au cours de la procédure initiale sur ce point, à savoir que "[d]ans l'évaluation du point de savoir s'il existe une véritable relation entre la mesure en cause et un effet défavorable sur les possibilités de concurrence pour les produits importés, la question pertinente est de savoir si l'action des pouvoirs publics "affecte les conditions dans lesquelles des produits similaires, nationaux et importés, sont en concurrence sur le marché du territoire d'un Membre"". ³⁵⁴ Cette déclaration nous amène à la question de savoir si l'effet préjudiciable est *imputable* à l'action des pouvoirs publics, ou si elle découle d'une quelconque autre source.

7.177. À notre avis, bien que la prescription concernant la surveillance par des observateurs pour les grands navires équipés de sennes coulissantes qui pêchent dans l'ETP trouve son origine dans l'AIDCP, les prescriptions différentes concernant la certification – c'est-à-dire la *distinction réglementaire* entre les prescriptions applicables au thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes, d'une part, et les prescriptions applicables aux autres navires, d'autre part – découlent de la mesure modifiée concernant le thon elle-même. L'AIDCP impose certaines prescriptions concernant la certification pour les grands navires équipés de sennes coulissantes qui pêchent dans l'ETP, mais ne dit rien au sujet des autres méthodes de pêche dans l'ETP ou de la pêche dans les autres océans. La mesure modifiée concernant le thon, en revanche, impose certaines prescriptions concernant la certification pour la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et des prescriptions différentes concernant la certification pour d'autres pêcheries. C'est la mesure modifiée concernant le thon qui prévoit 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. C'est donc la mesure modifiée concernant le thon elle-même qui établit une distinction, à l'intérieur d'un cadre réglementaire unique (c'est-à-dire la mesure modifiée concernant le thon), entre les grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et les autres navires. Le fait que les prescriptions imposées pour les grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP sont elles-mêmes adaptées de l'AIDCP ne peut rien changer au fait que c'est la conception et la structure de la mesure modifiée concernant le thon elle-même qui établissent la distinction réglementaire dont le Mexique se plaint.

³⁵⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 80.

³⁵¹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 80.

³⁵² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 83.

³⁵³ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 134.

³⁵⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 236.

7.178. Aussi, l'insistance des États-Unis à dire que "[s'ils] éliminaient toutes les références à l'AIDCP (et à ses prescriptions) dans la mesure modifiée, les différences concernant l'enregistrement des données et les observateurs dont le Mexique se plaint *existeraient toujours*"³⁵⁵ est quelque peu hors de propos. En un sens, les États-Unis ont raison: les prescriptions concernant la certification que l'AIDCP impose aux grands navires équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP existent, bien entendu, dans l'AIDCP lui-même et elles continueront d'exister en droit international qu'elles soient ou non incorporées dans le système juridique interne des États-Unis. Mais comme nous l'avons expliqué plus haut, la plainte du Mexique ne porte pas sur l'existence de ces prescriptions imposées par l'AIDCP dans le cadre du droit international ni sur sa propre acceptation de ces conditions en tant que partie à l'AIDCP. La plainte du Mexique repose plutôt sur le fait que la mesure modifiée concernant le thon n'exige pas une surveillance par des observateurs dans le cas des navires autres que les grands navires équipés de sennes coulissantes pêchant dans l'ETP. De ce fait, la mesure modifiée concernant le thon impose une charge moins lourde aux navires autres que les grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, et peut faciliter l'accès au label *Dolphin Safe* du thon et des produits du thon élaborés à partir de thon capturé par ces navires, ce qui fausse les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains.

7.179. Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que le Mexique a établi *prima facie* que les prescriptions différentes concernant la certification prévue par la mesure modifiée concernant le thon modifient les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains similaires. Les États-Unis n'ont pas réfuté cette allégation. Le Groupe spécial passe maintenant à l'examen du point de savoir si cet effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, ou s'il dénote plutôt une discrimination en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.5.2.4.2 Question de savoir si le traitement préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant la certification découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime

7.5.2.4.2.1 Arguments des parties

7.180. Selon le Mexique, il ne peut pas être dit que les prescriptions différentes concernant la certification découlent exclusivement d'une distinction réglementaire légitime car "l'autocertification par le capitaine pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP ne fournit pas de renseignements fiables ni exacts sur le statut *Dolphin Safe* des produits du thon contenant ce thon parce que les capitaines n'ont pas la formation, les connaissances ni les qualifications pour déterminer si le thon est capturé d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*, qu'ils peuvent ne pas participer directement à la pose des filets et à la capture du poisson, et qu'ils ne déclareront pas de façon fiable des opérations non-*Dolphin Safe* ou le non-respect de prescriptions *Dolphin Safe*".³⁵⁶ Le Mexique affirme que, "[p]ar conséquent, la désignation initiale du statut *Dolphin Safe* du thon capturé à l'extérieur de l'ETP n'est ni fiable ni exacte" et donc que "les consommateurs reçoivent des renseignements qui ne sont ni fiables ni exacts sur ces produits".³⁵⁷

7.181. Ainsi, de l'avis du Mexique, les prescriptions différentes concernant la certification ont pour effet de créer "deux normes distinctes et contradictoires concernant l'exactitude des renseignements sur le statut *Dolphin Safe* du thon: une norme pour le thon capturé à l'intérieur de l'ETP, et une norme séparée et bien moins rigoureuse pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP".³⁵⁸ Étant donné, toutefois, que l'un des objectifs de la mesure modifiée concernant le thon est 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 contiennent du thon capturé d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins"³⁵⁹, le Mexique conclut que le système d'autocertification par le capitaine qui est prévu par la mesure "n'a aucun lien rationnel avec" les objectifs de cette mesure,

³⁵⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 226 (italique dans l'original).

³⁵⁶ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 297.

³⁵⁷ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 298.

³⁵⁸ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 193.

³⁵⁹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 3.

et est "totalement incompatible"³⁶⁰ et "inconciliable"³⁶¹ avec ces objectifs, et en conséquence, il ne peut pas être considéré comme "impartial".³⁶²

7.182. En outre, de l'avis du Mexique, les deux normes différentes en matière d'exactitude créées par les prescriptions différentes concernant la certification ne peuvent pas être expliquées ni justifiées par l'"adaptation" en fonction des risques différents auxquels les dauphins sont exposés dans différentes zones de l'océan et qui résultent de l'utilisation de différentes méthodes de pêche au thon. D'après le Mexique:

L'argument des États-Unis relatif à l'"adaptation" laisse entendre qu'il est acceptable et impartial de fournir aux consommateurs des renseignements peu fiables, non vérifiés et inexacts au sujet du statut *Dolphin Safe* du thon qui provient de toutes les zones de l'océan à l'exception de l'ETP, et de veiller à ce que ces renseignements soient exacts et certifiés par des sources indépendantes lorsque le thon provient spécifiquement de l'ETP.³⁶³

7.183. Or, d'après le Mexique:

Dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, l'expression "dauphins ... tués ou gravement blessés" est clairement conçue et appliquée de façon absolue dans le contexte des effets nuisibles observés. Le thon capturé lors d'une opération ou d'un déploiement d'engins de pêche ne peut pas être étiqueté *Dolphin Safe* s'il est observé qu'un seul dauphin a été tué ou gravement blessé au cours de l'opération ou du déploiement. Il n'est pas question du nombre relatif de dauphins qui sont tués ou gravement blessés lors des opérations ou déploiements d'engins de pêche. Il s'agit seulement de savoir si oui ou non ces effets nuisibles existent tout simplement.³⁶⁴

7.184. Compte tenu de ce "niveau de tolérance zéro pour le risque" qui est prévu dans la mesure modifiée concernant le thon, le Mexique fait valoir qu'"une comparaison de l'importance de la mortalité et des blessures graves des dauphins dans différentes pêcheries n'est pas pertinente en ce qui concerne les arguments qu'il a présentés sur l'absence d'impartialité dans la conception et l'application des différentes conditions d'étiquetage, et n'affecte pas ces arguments".³⁶⁵

7.185. Autrement dit, de l'avis du Mexique, les différences dans la nature et le niveau du risque que présentent pour les dauphins leur encerclement dans l'ETP ou d'autres méthodes de pêche dans l'ETP ou dans d'autres pêcheries n'expliquent ni ne justifient en aucune façon les prescriptions différentes concernant la certification. La mesure modifiée concernant le thon est conçue de façon à exclure de l'accès au label toute capture de thon dès lors qu'un seul dauphin est tué ou gravement blessé. Les deux parties admettent que *toutes les méthodes de pêche au thon*, dans *toutes* les pêcheries, présentent un certain risque pour les dauphins.³⁶⁶ Aussi, la mesure modifiée concernant le thon devrait exiger le même niveau d'exactitude dans les rapports qu'il y ait un ou un millier de dauphins tués. C'est pourquoi l'"adaptation" ne répond pas à l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification sont incompatibles avec les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon.³⁶⁷

7.186. De plus, le Mexique met en cause les prescriptions différentes concernant la certification au motif que l'autocertification par le capitaine "permet ou exige qu'une partie privée appartenant à la branche de production participe à l'administration d'[une loi] affectant ses propres intérêts commerciaux".³⁶⁸ Selon lui, "les capitaines sont, d'un point de vue financier, incités à déclarer que le thon capturé par leurs navires est *Dolphin Safe* et, parallèlement, dissuadés de déclarer que le thon capturé par leurs navires est non-*Dolphin Safe*", parce que "si un capitaine devait s'abstenir

³⁶⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 194.

³⁶¹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 195.

³⁶² Première communication écrite du Mexique, paragraphe 298.

³⁶³ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 173.

³⁶⁴ Réponse du Mexique à la question n° 11 du Groupe spécial, paragraphe 50.

³⁶⁵ Réponse du Mexique à la question n° 11 du Groupe spécial, paragraphe 52.

³⁶⁶ À l'exception de la pêche à la canne: voir la réponse du Mexique à la question n° 11 du Groupe spécial, paragraphe 51; la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 236.

³⁶⁷ Réponse du Mexique à la question n° 11 du Groupe spécial, paragraphes 51 et 52.

³⁶⁸ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 178 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphes 7.902 et 7.904).

de certifier que le thon capturé par son propre navire est *Dolphin Safe* ... ce thon perdrait beaucoup de sa valeur".³⁶⁹ Selon le Mexique, les prescriptions différentes concernant la certification placent les capitaines "en situation de conflit d'intérêts caractéristique", parce qu'ils "ont tout intérêt, sur le plan commercial et financier, à obtenir la certification *Dolphin Safe* pour le thon qu'ils capturent". De l'avis du Mexique, cela crée "un risque très réel que le thon puisse être indûment certifié *Dolphin Safe*", ce qui serait incompatible avec les objectifs déclarés de la mesure modifiée concernant le thon.³⁷⁰

7.187. Selon le Mexique, le risque que les capitaines fassent des déclarations incorrectes ou inexactes, est accru par le fait qu'"il n'y a pas de sauvegardes sous la forme de sanctions juridiques ou de mécanismes d'application effectifs pour les capitaines de navires de pêche qui certifient de manière inexacte ou incorrecte le statut *Dolphin Safe* du thon capturé par leurs propres navires".³⁷¹ De ce fait, le Mexique affirme qu'"il n'y a pas d'incitation à administrer d'une manière exacte et correcte les prescriptions concernant la certification *Dolphin Safe* pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP".³⁷²

7.188. Les États-Unis rejettent les allégations du Mexique.

7.189. Premièrement, les États-Unis font tout simplement valoir que "le Mexique ne présente *pas un seul élément de preuve* montrant qu'un produit du thon a été commercialisé aux États-Unis sous le label *Dolphin Safe* alors qu'en fait il ne remplissait pas les conditions prévues par la législation des États-Unis".³⁷³ Selon eux, l'argument du Mexique repose "entièrement sur des spéculations et des insinuations et non sur de véritables éléments de preuve".³⁷⁴

7.190. Deuxièmement, les États-Unis nient que les déclarations des capitaines soient "foncièrement peu fiables" ou "sans valeur".³⁷⁵ Au contraire, ils font observer que "les déclarations des capitaines, les livres de bord et autres documents similaires ont toujours été pour les Membres des outils essentiels pour vérifier le respect des [diverses] règles de pêche applicables".³⁷⁶ De plus, "les États-Unis s'appuient aussi sur les déclarations volontaires des navires pour la mise en œuvre de leurs lois nationales, comme la MMPA".³⁷⁷ De l'avis des États-Unis, "la suggestion du Mexique – au sujet de cette approche [à savoir que le recours à l'autocertification par le capitaine pour prouver le respect des lois et règlements sur la pêche est foncièrement peu fiable] – entraînerait une *profonde désorganisation des échanges*. Les Membres ne disposent simplement pas des ressources nécessaires pour exiger la vérification indépendante de toutes les activités des producteurs nationaux et étrangers".³⁷⁸

7.191. Les États-Unis affirment aussi que les arguments du Mexique concernant la fiabilité des capitaines "ne tiennent aucun compte du fait qu'il s'agit d'une branche de production étroitement surveillée", qui a aussi une "forte aversion pour le risque".³⁷⁹ En outre, les États-Unis font observer que, contrairement à ce que le Mexique allègue, leur législation nationale impose diverses sanctions civiles et pénales aux capitaines et aux autres personnes qui font de fausses déclarations *Dolphin Safe*.³⁸⁰

7.192. Troisièmement, les États-Unis indiquent que l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification est inhérente au fait même que "la mesure modifiée exige une certification par un observateur lorsqu'un accord international particulier exige la présence d'observateurs, et n'exige pas ce type de certification lorsque l'autorité compétente dont relève la pêche n'exige pas que des observateurs certifient l'admissibilité du thon au bénéfice du label

³⁶⁹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 181.

³⁷⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 182. Voir aussi la première communication écrite du Mexique, paragraphe 286.

³⁷¹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 185.

³⁷² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 185.

³⁷³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 263 (italique dans l'original).

³⁷⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 101.

³⁷⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 264.

³⁷⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 266.

³⁷⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 266.

³⁷⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 265 (italique dans l'original).

³⁷⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 123.

³⁸⁰ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 124.

"Dolphin Safe"³⁸¹. Selon les États-Unis, l'allégation du Mexique à l'encontre des prescriptions différentes concernant la certification "ne fait aucun cas des raisons pour lesquelles l'AIDCP a été ratifié en premier lieu ... [L]es membres de la CITT sont convenus de prescriptions *différentes* concernant l'enregistrement des données/la vérification et la surveillance par des observateurs parce que l'ETP *est différente*".³⁸²

7.193. Quatrièmement, et dans le même ordre d'idées, les États-Unis affirment que la différence dont le Mexique se plaint ne provient pas de leur législation nationale, mais tient simplement au fait que l'AIDCP impose des prescriptions qui diffèrent de celles d'autres ORGP. Selon eux, s'ils éliminaient toutes les références aux observateurs dans la mesure, "la différence que le Mexique critique *existerait toujours*".³⁸³ À leur avis, l'argument du Mexique revient essentiellement à dire qu'ils (les États-Unis) ne peuvent rendre cet élément de la mesure modifiée concernant le thon "impartial" qu'en "exige[ant] unilatéralement un taux de surveillance par des observateurs de 100% partout dans le monde".³⁸⁴ Pour les États-Unis, cet argument vise à faire des propres engagements internationaux du Mexique le "niveau minimum" requis pour les prescriptions que les États-Unis s'imposent à eux-mêmes et à tous les autres partenaires commerciaux. Cela est, d'après les États-Unis, incompatible avec le principe voulant qu'un Membre peut prendre des mesures "aux niveaux qu'il considère appropriés".³⁸⁵

7.194. Enfin, les États-Unis font observer que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a noté que "nulle part dans son raisonnement, le Groupe spécial [initial] n'a indiqué que l'imposition d'une prescription voulant qu'un observateur indépendant certifie qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors des opérations de pêche au cours desquelles le thon avait été capturé serait le seul moyen permettant aux États-Unis d'adapter leurs dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*".³⁸⁶ De l'avis des États-Unis, cette déclaration revient à "reconnaître explicitement que les États-Unis pouvaient "adapter" leur mesure sans exiger de tous leurs partenaires commerciaux qu'ils placent des observateurs indépendants à bord de leurs flottilles de pêche respectives".³⁸⁷

7.5.2.4.2.2 Analyse par le Groupe spécial

7.195. Nous commençons notre analyse en rappelant que la question dont nous sommes saisis consiste à déterminer si l'effet préjudiciable identifié dans la section précédente du présent rapport découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, parce que, par exemple, elle est impartiale. En examinant cette question, nous devons constamment garder à l'esprit que, conformément à l'attribution de la charge de la preuve proposée par les deux parties et acceptée par le Groupe spécial, il appartient au Mexique de montrer, au moins *prima facie*, que les prescriptions différentes concernant la certification ne découlent *pas* exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Ce n'est que si le Mexique fait cette démonstration que la charge de la preuve se déplacera vers les États-Unis qui devront montrer que, contrairement à ce que le Mexique allègue, l'effet préjudiciable découle en fait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.196. Avant d'aller plus loin, le Groupe spécial note que, dans son examen antérieur du critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, il a exposé les facteurs qui pouvaient être pris en compte pour examiner si l'effet préjudiciable identifié découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.³⁸⁸ Il n'est pas nécessaire de reprendre intégralement ce qui a été dit dans ce contexte. Néanmoins, nous tenons à relever de nouveau qu'à notre avis, la jurisprudence établie par l'Organe d'appel en ce qui concerne le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 peut être pertinente pour élucider le sens de la discipline prévue dans le deuxième élément de l'article 2.1 de l'Accord OTC.³⁸⁹ En particulier, nous sommes d'avis que 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

³⁸¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 257.

³⁸² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 126 (italique dans l'original).

³⁸³ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 118 (italique dans l'original).

³⁸⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 272.

³⁸⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 273.

³⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 296.

³⁸⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 258.

³⁸⁸ Voir plus haut la section 7.5.1.

³⁸⁹ Voir plus haut le paragraphe 7.87.

par les objectifs recherchés par la mesure en cause, ou est au moins conciliable avec ces objectifs. Nous rejetons donc l'assertion des États-Unis selon laquelle les arguments du Mexique portant sur la relation entre les prescriptions différentes concernant la certification et les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon ne sont "pas pertinents pour l'analyse".³⁹⁰

7.197. Nous passons maintenant au fond des arguments des parties. Il apparaît que le Mexique admet que, comme l'Organe d'appel l'a constaté, le système actuellement en place dans l'ETP prend *pleinement* en compte les risques présentés pour les dauphins par l'encerclement de ces derniers dans l'ETP.³⁹¹ Sa plainte est que la mesure modifiée concernant le thon, comme la mesure initiale avant elle, ne prend pas pleinement en compte les risques présentés par les autres méthodes de pêche dans l'ETP et les autres océans, et n'est donc pas impartiale. Par conséquent, le fond de l'argument du Mexique n'est pas que les États-Unis devraient *supprimer* les prescriptions concernant la certification qui existent dans l'ETP, mais au contraire, qu'il "est à la fois approprié et nécessaire qu'il y ait une prescription concernant les observateurs indépendants pour la pêche au thon à l'extérieur de l'ETP"³⁹² – et, en fait, que sans imposer une prescription concernant les observateurs pour les navires autres que les grands senneurs dans l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon ne peut pas être impartiale comme le prescrit l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.198. D'après ce que nous croyons comprendre, l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification ne sont pas impartiales repose sur l'hypothèse fondamentale factuelle que les certifications des capitaines sont "foncièrement peu fiables"³⁹³ et "sans valeur".³⁹⁴ Cela tient, pour le Mexique, à deux raisons distinctes: *premièrement*, les capitaines sont incités, d'un point de vue financier, à certifier que leur prise est *Dolphin Safe* même lorsqu'elle ne l'est pas, et la mesure modifiée concernant le thon ne contient aucun mécanisme permettant de contrecarrer cette incitation; et *deuxièmement*, les capitaines n'ont pas l'expertise technique nécessaire pour certifier correctement qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou autre déploiement d'engins donné et, par conséquent, leurs certifications ne garantissent pas que le thon étiqueté *Dolphin Safe* satisfait effectivement aux prescriptions légales et réglementaires. Nous examinerons chacune de ces allégations séparément.

7.199. Nous examinons d'abord l'allégation du Mexique selon laquelle les déclarations des capitaines sont peu fiables parce que les capitaines sont incités, d'un point de vue financier, à certifier que le thon est *Dolphin Safe* même lorsqu'il ne l'est pas. Afin de comprendre les éventuelles incitations qui pourraient intervenir dans la décision d'un capitaine en matière de certification, le Groupe spécial a demandé aux parties d'expliquer "[q]uelle [était], s'il y en [avait] une, la relation entre, d'une part, le nombre et/ou le statut *Dolphin Safe* des thons capturés, et d'autre part, la rémunération et/ou les autres incitations d'un capitaine".³⁹⁵

7.200. Dans sa réponse, le Mexique fait valoir que "la valeur du thon capturé par un navire équipé de sennes coulissantes se situerait entre 1,4 et 2,2 millions de dollars EU pour la bonite rayée et entre 2,7 et 4 millions de dollars EU pour le thon à nageoires jaunes".³⁹⁶ D'après lui, "les conserveries n'achèteront pas du thon qui n'a pas la désignation *Dolphin Safe*" et, par conséquent, "[i]l existe une très forte désincitation pour un capitaine à déclarer de lui-même un encerclement de dauphins".³⁹⁷ Le Mexique affirme que cette désincitation économique existerait même si les capitaines n'étaient pas payés en fonction de la valeur ou du volume des thons qu'ils capturent. Selon le Mexique, "[s]i le thon ne pouvait pas être vendu aux conserveries, ou si le volume de prises était faible parce que le navire a essayé d'éviter les dauphins, cela irait à l'encontre des intérêts économiques des sociétés qui possèdent et exploitent les navires. Un capitaine ne garderait pas longtemps son emploi dans ces circonstances".³⁹⁸

³⁹⁰ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 125.

³⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

³⁹² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 167.

³⁹³ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 295.

³⁹⁴ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 285.

³⁹⁵ Question n° 36 du Groupe spécial.

³⁹⁶ Réponse du Mexique à la question n° 36 du Groupe spécial, paragraphe 106.

³⁹⁷ Réponse du Mexique à la question n° 36 du Groupe spécial, paragraphe 107.

³⁹⁸ Réponse du Mexique à la question n° 36 du Groupe spécial, paragraphe 110.

7.201. À l'appui de cette allégation, le Mexique cite la décision rendue dans l'affaire *Freitas*³⁹⁹, dans laquelle un tribunal de droit administratif des États-Unis s'est prononcé sur les encerclements illicites de mammifères marins. En particulier, le Mexique attire l'attention sur la déclaration suivante du juge du Département du commerce:

Étant donné les incitations qu'il y a à procéder à des encerclements illicites de mammifères marins lorsque le gain économique potentiel associé à la capture d'un grand thon est aussi élevé, il est difficile de faire respecter les prescriptions imposant de ne pas encercler les mammifères marins. En l'espèce, les défendeurs savaient qu'ils ne devaient pas délibérément encercler les baleines et, pourtant, ils ont quand même choisi de le faire, sans doute parce que les avantages économiques étaient supérieurs au coût éventuel dans le cadre de la MMPA.⁴⁰⁰

7.202. Dans leur réponse, les États-Unis font valoir qu'"[i]l n'y a dans le dossier aucun élément de preuve établissant l'existence d'une relation entre le nombre de poissons capturés au cours d'une expédition particulière ou le statut *Dolphin Safe* de ces poissons et la rémunération du capitaine du navire (et/ou d'autres incitations)".⁴⁰¹ En effet, contrairement à ce que le Mexique soutient, les États-Unis laissent entendre que les capitaines des navires sont incités sur le plan économique à ne pas mentir en ce qui concerne leurs déclarations *Dolphin Safe*, parce que "[s]i un capitaine ne disait pas la vérité au sujet de sa prise et qu'une conserverie le découvrirait, cela aurait une incidence négative sur le revenu du capitaine, car la conserverie ne voudrait plus faire affaire avec lui".⁴⁰² De plus, les États-Unis réaffirment que "le fait de ne pas dire la vérité ... pourrait ... constituer une base probante suffisante pour exposer un capitaine à des sanctions civiles et pénales".⁴⁰³

7.203. Afin d'approfondir cette question, le Groupe spécial a aussi posé aux parties la question suivante:

Dans les deux communications écrites et dans la déclaration orale qu'ils ont présentées au Groupe spécial, les États-Unis ont souligné que les instances de réglementations nationales et internationales s'appuyaient régulièrement sur les certifications des capitaines et que ces déclarations étaient généralement considérées comme fiables. Est-ce une pratique internationale d'accepter les certifications des capitaines pour prouver le respect des prescriptions réglementaires? Dans d'autres ORGP, les certifications des capitaines sont-elles suffisantes pour établir le respect des prescriptions réglementaires pertinentes?⁴⁰⁴

7.204. Dans sa réponse, le Mexique reconnaît que "les autocertifications par les capitaines peuvent être fiables à certaines fins", mais nie qu'elles soient "fiables aux fins de la certification du statut *Dolphin Safe* du thon capturé par le propre navire de pêche du capitaine".⁴⁰⁵ À l'appui de sa position, le Mexique note que diverses autorités universitaires, gouvernementales et supranationales ont, par le passé, exprimé des doutes sur la mesure dans laquelle les autodéclarations des capitaines étaient exactes.

7.205. Le Mexique note, par exemple, qu'une étude de 2006 menée conjointement par le Duke University Marine Laboratory et l'University of St. Andrews a conclu "que pour avoir une estimation exacte des taux de captures accessoires dans une pêcherie, il [fallait] un programme d'observateurs indépendants".⁴⁰⁶ Le Mexique note aussi qu'un mémoire technique établi par le Département du commerce des États-Unis, reconnaît qu'"[e]n dépit d'une assez bonne sensibilisation et la distribution chaque année de formulaires de déclaration à tous les pêcheurs des États et à tous les pêcheurs possédant un permis fédéral, on estime que le respect des

³⁹⁹ *In the Matter of Matthew James Freitas, et al.* (pièce MEX-46).

⁴⁰⁰ *In the Matter of Matthew James Freitas, et al.* (pièce MEX-46), page 96.

⁴⁰¹ Réponse des États-Unis à la question n° 36 du Groupe spécial, paragraphe 190.

⁴⁰² Réponse des États-Unis à la question n° 36 du Groupe spécial, paragraphe 193.

⁴⁰³ Réponse des États-Unis à la question n° 36 du Groupe spécial, paragraphe 193.

⁴⁰⁴ Question n° 39 du Groupe spécial.

⁴⁰⁵ Réponse du Mexique à la question n° 39 du Groupe spécial, paragraphe 113.

⁴⁰⁶ Andrew J. Read, Phebe Drinker et Simon Northridge, "Bycatch of Marine Mammals in US and Global Fisheries", 20 *Conservation Biology* 163 (2006) (pièce MEX-6), page 167.

prescriptions en matière de déclaration est assez faible".⁴⁰⁷ Pour donner un autre exemple, le Mexique fait observer qu'un "Observer Program Operations Manual" établi par le Canada et publié par l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture indique que "la sous-estimation dans la déclaration est une pratique courante et ... encore maintenant, après des années d'efforts persistants pour faire respecter les prescriptions, les écarts entre les prises réelles et les prises déclarées peuvent être ... deux à dix fois plus importants dans le cas des espèces réglementées victimes de captures accessoires".⁴⁰⁸

7.206. Dans leur réponse à la question du Groupe spécial, les États-Unis adoptent la position inverse. Selon eux, "[l]es déclarations et livres de bord des capitaines font partie intégrante des régimes établis par les organisations régionales de gestion de la pêche (ORGP) et d'autres régimes et accords internationaux".⁴⁰⁹ Par exemple, la CITT et la WCPFC exigent que les navires tiennent des livres de bord détaillés qui donnent des renseignements sur les divers aspects des opérations de pêche. D'après les États-Unis, "le fait que la plupart des ORGP s'appuient sur les données des livres de bord pour gérer les stocks de poissons démontre que les déclarations des capitaines, sous la forme de livres de bord, sont considérées comme fiables".⁴¹⁰ De plus, les États-Unis mentionnent divers traités internationaux dont la mise en œuvre s'appuie sur les autodéclarations des capitaines et leurs livres de bord. Par exemple, la Convention pour la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique (CCAMLR), traité qui "rend illicite l'exploitation des ressources marines vivantes de l'Antarctique d'une manière contraire à une mesure de conservation en vigueur dans le cadre de la Convention ou la violation de tout règlement adopté conformément à la loi de mise en œuvre", est appliquée par les États-Unis au moyen d'"un système de documentation des captures, en vertu duquel les capitaines doivent fournir des données détaillées sur la pêche à la NOAA [c'est-à-dire l'Administration nationale chargée de l'étude des océans et de l'atmosphère]".⁴¹¹

7.207. En somme, les États-Unis demandent instamment au Groupe spécial de constater ce qui suit:

Les déclarations et livres de bord des capitaines font partie intégrante des régimes des ORGP et d'autres régimes internationaux, ainsi que des régimes de pays particuliers. Ces régimes dépendent de cette documentation pour réglementer toute une série de domaines qui sont essentiels pour la gestion appropriée des pêcheries et, de façon plus générale, de l'environnement. Ces domaines comprennent les règles relatives aux zones fermées à la pêche, la gestion des stocks de poissons et la mise en œuvre de prescriptions environnementales ... Les pays et les organisations internationales dépendent de ces renseignements, bien qu'il puisse être contraire aux intérêts financiers étroits du navire concerné de fournir des renseignements exacts.⁴¹²

7.208. De l'avis du Groupe spécial, l'argument du Mexique concernant la fiabilité – et, de fait, l'intégrité – des capitaines des navires a d'importantes implications. Le Groupe spécial admet les éléments de preuve présentés par les États-Unis selon lesquels beaucoup d'organisations et d'arrangements régionaux et internationaux s'appuient sur les certifications et livres de bord des capitaines à la fois pour surveiller le respect des prescriptions réglementaires et pour collecter des données. Selon lui, le fait que de nombreux régimes nationaux, régionaux et internationaux s'appuient sur l'autocertification par les capitaines établit la forte présomption que, d'un point de vue systémique, ces certifications sont fiables. Les ORGP et les autres pêcheries et organisations environnementales sont expertes dans leurs domaines respectifs, et le fait qu'elles se sont appuyées et continuent de s'appuyer sur les déclarations des capitaines dans divers domaines concernant la pêche et l'environnement donne fortement à penser que, de manière générale, elles estiment que ces certifications sont fiables. Bien entendu, le Groupe spécial doit procéder à sa propre "évaluation objective de la question" et, à cet égard, le fait qu'une pratique particulière est acceptée par une ou plusieurs organisations nationales et régionales, voire internationales, n'est

⁴⁰⁷ United States Department of Commerce, "Evaluating Bycatch", NOAA Technical Memorandum NMFS-F/SPO-66 (octobre 2004) (pièce MEX-77), page 28.

⁴⁰⁸ Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, "Observer Program Operations Manual" (pièce MEX-127).

⁴⁰⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 39 du Groupe spécial, paragraphe 205.

⁴¹⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 39 du Groupe spécial, paragraphe 209.

⁴¹¹ Réponse des États-Unis à la question n° 39 du Groupe spécial, paragraphe 214.

⁴¹² Observations des États-Unis sur la réponse du Mexique à la question n° 39 du Groupe spécial, paragraphe 93.

pas, en soi, déterminant. Toutefois le Groupe spécial considère que cette acceptation constitue un fait très pertinent et probant.

7.209. Le Groupe spécial n'est pas convaincu que les éléments de preuve présentés par le Mexique soient suffisants pour réfuter la démonstration des États-Unis. Les documents présentés par le Mexique donnent assurément à penser qu'il y a eu des cas où les certifications par les capitaines n'étaient pas fiables. Néanmoins, de l'avis du Groupe spécial, le fait que les régimes nationaux, régionaux et internationaux ont continué de s'appuyer sur les certifications et les livres de bord des capitaines même si des cas de non-respect des prescriptions ont été signalés, donne à penser qu'il ne faudrait pas considérer que ces cas de non-respect remettent sérieusement en cause la fiabilité globale des certifications des capitaines comme le Mexique voudrait que le Groupe spécial le constate.

7.210. De plus, le Groupe spécial n'est pas convaincu par l'argumentation du Mexique concernant les incitations économiques auxquelles sont confrontés les capitaines. Comme nous l'avons indiqué plus haut, le Mexique a affirmé que même si la rémunération personnelle d'un capitaine n'était pas liée à la valeur du poisson capturé, il était néanmoins peu probable que le capitaine déclare avec exactitude la mort et les blessures graves des dauphins parce qu'il risquerait, ce faisant, de perdre son emploi. Le Mexique n'a toutefois fourni aucun élément de preuve établissant qu'il en irait ainsi, et l'interprétation différente que les États-Unis font des incitations économiques auxquelles sont confrontés les capitaines nous semble tout aussi plausible.

7.211. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial constate que le Mexique ne s'est pas acquitté de la charge qui lui incombait d'établir *prima facie* que les certifications par les capitaines sont peu fiables parce que ces derniers sont incités, d'un point de vue financier, à ne pas indiquer avec exactitude le statut *Dolphin Safe* du thon capturé lors d'une opération ou autre déploiement d'engins donné. Par conséquent, cet argument ne nous convainc pas que le fait de s'appuyer sur les certifications des capitaines à l'extérieur de l'ETP ôte toute impartialité à la mesure modifiée concernant le thon.

7.212. Nous nous penchons maintenant sur le deuxième argument du Mexique, à savoir que les certificats des capitaines sont peu fiables parce que les capitaines n'ont peut-être pas l'expertise technique nécessaire pour certifier avec exactitude qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé dans une opération ou un déploiement d'engins particulier.

7.213. Pour examiner s'il peut être supposé que les capitaines ont l'expertise technique nécessaire pour établir une certification exacte du statut *Dolphin Safe*, nous jugeons utile de comparer le genre de tâches censées être accomplies par les observateurs dans l'ETP et les autres océans avec celles qui sont habituellement accomplies par les capitaines. Une telle comparaison devrait aider à déterminer si les capitaines sont censés avoir le genre de compétences nécessaires pour certifier qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors d'une opération donnée ou autre déploiement d'engins.

7.214. Nous commençons par noter que les deux parties ont reconnu que la tâche des observateurs dans l'ETP était complexe.⁴¹³ Les deux parties ont aussi fourni des éléments de preuve indiquant que, dans le cadre du Programme d'observation de la CITT, les observateurs:

[étaient] des biologistes formés pour collecter diverses données sur la mortalité des dauphins associée à la pêche, les positions des bancs de dauphins, les captures de thons et les captures accessoires de poissons et d'autres animaux, des données océanographiques et météorologiques, et d'autres renseignements utilisés par le personnel de la CITT pour évaluer les conditions des divers stocks de dauphins, étudier les causes de mortalité des dauphins et évaluer l'effet de la pêche sur le thon et d'autres composantes de l'écosystème.⁴¹⁴

⁴¹³ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 70 à 72. Réponse du Mexique à la question additionnelle n° 61 du Groupe spécial, paragraphes 10 et 11. Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 126 et 128. Réponse des États-Unis à la question additionnelle n° 61 du Groupe spécial, paragraphes 22 et 23.

⁴¹⁴ Inter-American Tropical Tuna Commission, Quaterly Report (April-June 2013) (pièce MEX-29), page 14.

7.215. Nous prenons note aussi des éléments de preuve présentés par les deux parties concernant les "Lignes directrices pour la formation technique des observateurs", qui donnent des détails sur les conditions requises en matière de formation pour les observateurs admis au programme d'observation de la CITT; il s'agit des conditions suivantes: i) les candidats devraient détenir un diplôme universitaire en biologie ou une discipline connexe (zoologie, écologie, etc.); ii) la formation devrait inclure l'identification de certains poissons et animaux, dont le thon et les dauphins associés à la pêche au thon; iii) les candidats devraient recevoir des renseignements sur la façon précise de remplir les formulaires de données; et iv) les candidats devraient recevoir des renseignements sur la manière d'identifier, de gérer et de rapporter les "cas d'ingérence (y compris des tentatives de corruption), d'intimidation ou d'obstruction par l'équipage du navire au cours d'une expédition".⁴¹⁵

7.216. Il est important de noter que dans le règlement final de 2013, le Service national des pêcheries maritimes (NMFS) a lui aussi reconnu combien il était complexe de certifier avec exactitude qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé, et a dit ce qui suit:

[I]l est prévu que les observateurs qualifiés suivront des programmes de formation sur des sujets tels que la reconnaissance d'un encerclement délibéré, l'identification des espèces de dauphins, et les critères permettant de déterminer l'existence d'une blessure grave. Le NMFS reconnaît que ces compétences sont complexes, et que nombre de programmes d'observation existants accordent peu d'attention aux interactions avec les mammifères marins. Le NMFS déterminera qu'un programme d'observation est admissible et autorisé seulement après avoir examiné de près les cours de formation prévus dans le programme, et constaté que les observateurs sont en mesure de procéder aux déterminations requises.⁴¹⁶

7.217. Nous rappelons aussi que l'Administrateur adjoint du NMFS a publié un avis sur les personnes qualifiées et habilitées, qui dresse la liste des critères auxquels les observateurs doivent satisfaire pour être considérés comme "qualifiés et habilités" aux fins du programme d'étiquetage *Dolphin Safe* en vertu de la DPCIA.⁴¹⁷ L'Administrateur adjoint de la NMFS a établi, entre autres choses, les critères suivants: i) les observateurs sont formés pour identifier les dauphins endémiques dans la zone de la pêche; ii) les observateurs sont formés pour déterminer la mortalité et les blessures graves des dauphins (par "blessure grave", il faut entendre une blessure qui entraînera probablement la mort); et iii) les observateurs sont formés pour collecter une documentation écrite ou photographique suffisante pour permettre à un représentant autorisé participant au programme d'observation de vérifier ou d'établir une détermination concernant l'état d'un dauphin. L'Administrateur adjoint indique aussi que, dans le cadre des programmes d'observation du NMFS, les observateurs participent à des programmes de formation qui "abordent des sujets tels que l'identification des espèces de dauphins, la constatation de mortalité des dauphins, les exigences en matière de collecte des données devant servir à la détermination de l'existence de blessures graves, et la reconnaissance d'un encerclement délibéré au moyen de sennes coulissantes".⁴¹⁸

7.218. Les éléments de preuve ci-dessus donnent fortement à penser que certifier qu'un dauphin a ou non été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins est une tâche extrêmement complexe. De l'avis du Groupe spécial, il est particulièrement révélateur que la mesure modifiée concernant le thon elle-même reconnaisse qu'une formation et un apprentissage sont requis afin que les personnes acquièrent le savoir-faire technique nécessaire pour pouvoir dûment certifier le caractère *Dolphin Safe* d'une capture de thon.

⁴¹⁵ Agreement on the International Dolphin Conservation Program, "18th Meeting of the Parties: Minutes of the Meeting" (pièce US-243), page 6. Voir aussi International Dolphin Conservation Program, "Guidelines for Technical Training of Observers" (Document. OBS-2-O3b) (pièce MEX-164), International Dolphin Conservation Program, "Directrices para la Selección de Candidatos de Observador del APICD" (Document OBS-2-03a) (pièce MEX-165), et Inter-American Tropical Tuna Commission, "Manual de Campo" (pièce MEX-166).

⁴¹⁶ Règlement final de 2013, 78 Fed. Reg. 40997 (9 juillet 2013) (pièce MEX-7) (non souligné dans l'original).

⁴¹⁷ Determination of Observer Programs as Qualified and Authorized by the Assistant Administrator for Fisheries, 79 Fed. Reg. 40,718 (14 juillet 2014) (pièce US-113).

⁴¹⁸ Determination of Observer Programs as Qualified and Authorized by the Assistant Administrator for Fisheries, 79 Fed. Reg. 40,718 (14 juillet 2014) (pièce US-113).

7.219. Le Groupe spécial a aussi examiné de près les éléments de preuve présentés par les parties concernant les compétences et les tâches qui sont généralement attendues des capitaines. Ces éléments de preuve comprennent les divers traités régionaux et internationaux examinés plus haut dans le contexte de l'argument du Mexique sur les incitations financières auxquelles les capitaines sont confrontés. Comme il est expliqué plus haut, ces éléments de preuve indiquent que les capitaines sont généralement censés s'acquitter d'une grande variété de tâches à bord des navires qu'ils commandent. D'après notre lecture des éléments de preuve, les capitaines sont généralement censés avoir les compétences et la capacité leur permettant de mener tout un éventail d'activités qui incluent en principe la certification de l'existence de faits qu'ils contrôlent et/ou dont ils ont une connaissance directe, par exemple, le port d'entrée et de sortie, les coordonnées, la date et l'heure des déploiement d'engins, et le type d'engins déployés.⁴¹⁹ Dans certains cas, les capitaines sont aussi censés certifier les espèces de poissons capturés, ou la présence de captures accessoires de baleines ou d'oiseaux. À notre avis, toutefois, ces tâches sont très différentes de celles que suppose la certification du fait qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors d'opérations ou d'autres déploiements d'engins.

7.220. Les États-Unis ont par ailleurs présentés des éléments de preuve montrant que, au moins dans certaines pêcheries, les capitaines sont parfois censés enregistrer les prises accessoires de mammifères et spécifiquement de dauphins, ou sont autorisés à le faire. Selon eux, "les normes minimales des ORGP concernant les livres de bord peuvent exiger le repérage des captures accessoires de mammifères marins, y compris l'indication des espèces visées, [mais] pas l'enregistrement de données sur le point de savoir si le mammifère marin a été tué ou gravement blessé. En revanche, certains livres de bord exigés dans le cadre de programmes nationaux visant les pêcheries des zones couvertes par la WCPFC et la CTOI doivent contenir des déterminations concernant l'issue de toute capture accessoire d'un mammifère marin".⁴²⁰

7.221. À l'appui de cette allégation, les États-Unis ont présenté sept documents. Les deux premiers sont des modèles de livres de bord établis par le Service national des pêcheries maritimes des États-Unis pour les pêcheries palangrières du Pacifique occidental (pièce US-175) et les pêcheries de l'Atlantique (pièce US-176). La pièce US-175 comporte bien une colonne dans laquelle les capitaines sont tenus d'indiquer l'espèce à laquelle appartient le dauphin capturé de manière accessoire ainsi que le sort qu'il a subi. Spécifiquement, les capitaines sont tenus de noter si un dauphin a été rejeté "indemne", "blessé" ou "mort".⁴²¹ De même, d'après la pièce US-196, les capitaines sont tenus d'indiquer si certaines espèces de dauphins ont été "impliquées", "blessées" ou "tuées".⁴²²

7.222. Les deux documents suivants sont des modèles de livres de bord établis par l'Australie pour les zones de pêche pélagique à la palangre (pièce US-197) et à la senne coulissante (pièce US-198). Dans la pièce US-197, il y a un espace dans lequel le capitaine doit noter le moment, lors d'une opération de pêche, auquel des dauphins ont été capturés ("relevage", "pose" ou "autre") ainsi que l'état des dauphins capturés ("vivants", "morts" ou "blessés").⁴²³ Les mêmes renseignements, avec en plus l'indication qu'un animal d'une espèce protégée (y compris un dauphin) s'est ou non "pris à l'hameçon" ou "emmaillé", doivent être inscrits sur le livre de bord figurant dans la pièce US-198.⁴²⁴

7.223. Les trois dernières pièces sont des modèles de livres de bord de la Chine (pièce US-179), du Japon (pièce US-180) et de la Corée (pièce US-181). Dans la pièce US-179, il y a une case où les capitaines doivent enregistrer le "statut des dauphins et baleines".⁴²⁵ Le mot "statut" n'est pas défini dans le document. En outre, cette mention des dauphins figure dans une partie du livre de bord intitulée "remarques". On ne sait donc pas très bien s'il est obligatoire de donner ce renseignement. La pièce US-180 ne mentionne pas du tout les dauphins.⁴²⁶ Toutefois, il apparaît

⁴¹⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphes 194 à 196. Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphes 130 à 134.

⁴²⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphe 195.

⁴²¹ National Marine Fisheries Service, "Western Pacific Longline Fishing Log" (pièce US-175).

⁴²² National Marine Fisheries Service, "2014 Atlantic Highly Migratory Species Logbook – Set Form" (pièce US-196), page 3.

⁴²³ Australian Fisheries Management Authority, "Australian Pelagic Longline Daily Fishing Log" (pièce US-197), page 6.

⁴²⁴ Australian Fisheries Management Authority, "Purse Seine Daily Fishing Log" (pièce US-198), page 7.

⁴²⁵ Chine, "Logsheet Form" (pièce US-179).

⁴²⁶ Japon, "Reporting Form of Incidentally Encircled of Whale Shark (RHN) or Whales" (pièce US-180).

qu'il y est exigé que le capitaine enregistre l'"état après rejet" des "baleines". Un capitaine est tenu d'indiquer si la baleine "a survécu – nageait", est "morte avant d'être rejetée" ou "autre". Enfin, il apparaît que, dans la pièce US-181, il est exigé du capitaine qu'il fournisse certains renseignements sur d'"autres espèces y compris les oiseaux de mer, les tortues marines, etc.". Les dauphins ne sont pas mentionnés et il n'apparaît pas que le document exige des capitaines qu'ils indiquent l'état dans lequel ces "autres espèces" ont été rejetées.⁴²⁷

7.224. De l'avis du Groupe spécial, ces éléments de preuve ne montrent pas que les capitaines sont généralement censés certifier la mort et les blessures graves des dauphins, ou qu'ils sont considérés comme ayant les compétences nécessaires pour le faire. Les seuls documents donnant à penser que les capitaines sont censés certifier les interactions avec des dauphins viennent de deux Membres de l'OMC – l'Australie et les États-Unis eux-mêmes – et il apparaît que même ces documents ne font pas la distinction entre une "blessure" d'une "blessure grave", distinction qui est prévue dans la mesure modifiée concernant le thon. De la même façon, les autres documents émanant de la Chine, du Japon et de la Corée ne montrent pas que les capitaines sont habituellement censés être capables de certifier la mort ou les blessures des dauphins. Bien qu'il y ait dans la pièce US-179 une case où le capitaine peut faire des "remarques" sur le "statut des dauphins et des baleines", il ne ressort pas clairement du document tel qu'il est libellé ce qui doit être indiqué, et les États-Unis n'ont fourni aucune explication pertinente à cet égard. Les pièces US-180 et US-181 ne comportant aucune mention des dauphins, nous ne pouvons pas leur accorder une grande valeur probante.

7.225. Considérés dans leur ensemble, ces documents donnent à penser au Groupe spécial que les capitaines ne sont généralement pas censés certifier la mort et les blessures graves des dauphins. Les États-Unis ne nous ont pas convaincus que ces éléments de preuve montraient 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, d'ailleurs, que les capitaines avaient nécessairement les compétences requises pour certifier si des dauphins avaient été tués ou gravement blessés.

7.226. Par conséquent, en dernière analyse, les éléments de preuve nous donnent à penser que la certification de la mort et des blessures graves des dauphins demande des compétences très spécialisées, qui jusqu'à présent n'ont généralement pas été exigées des capitaines. Aucun des éléments de preuve qui nous ont été présentés ne porte à croire – et les États-Unis n'ont expliqué pour quelle raison ils pensaient – que les capitaines (ou, nous pourrions ajouter, n'importe quel autre membre d'équipage) disposent toujours et nécessairement de ces compétences.

7.227. De l'avis du Groupe spécial, le Mexique a ensuite présenté des éléments de preuve et des arguments suffisants pour montrer que la certification du caractère *Dolphin Safe* d'une capture de thon était une tâche extrêmement complexe.

7.228. Dans le cadre de ses efforts pour mieux comprendre cette question, le Groupe spécial a posé aux États-Unis la question suivante:

D'après les propres arguments des États-Unis, les personnes doivent avoir une formation poussée avant de pouvoir être autorisées à certifier qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé dans une opération de pêche. Compte tenu de ce fait, pourquoi les États-Unis pensent-ils que les capitaines sont qualifiés et habilités à procéder à ces certifications? Les capitaines suivent-ils une formation de quelque sorte qui leur permettrait de certifier qu'aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée ou utilisée pour encercler des dauphins au cours d'une expédition de pêche?⁴²⁸

⁴²⁷ Corée, "LL, PS / Bycatch Logbook (Ecologically Related Species)" (pièce US-181). Il apparaît que ce document exige seulement du capitaine qu'il indique le nombre de ces "autres espèces" "rejetées" et non l'état dans lequel elles ont été rejetées.

⁴²⁸ Question n° 40 du Groupe spécial.

7.229. Les États-Unis ont commencé par expliquer dans leur réponse qu'"un capitaine n'aurait pas besoin de suivre une formation pour savoir qu'il a "délibérément" encerclé des dauphins. Il devrait savoir qu'elle était sa *propre* intention sans avoir à suivre une formation formelle".⁴²⁹

7.230. Dans le reste de leur réponse, les États-Unis ont fourni des détails sur la formation exigée par l'AIDCP quand des navires de pêche cherchent à mener des opérations à la senne coulissante dans l'ETP.⁴³⁰ Ils ont dit ce qui suit:

Les États-Unis ne croient pas savoir que la WCPFC, la CTOI ou d'autres ORGP exigent que les opérateurs de sennes coulissantes aient une formation du type de celle qui est exigée par l'AIDCP

...

De même, les États-Unis n'ont pas connaissance que la CITT exige une formation analogue des capitaines d'autres types de navires (navires équipés pour la pêche à la palangre, à la canne, etc.) pêchant à l'intérieur de l'ETP. De plus, les États-Unis ne croient pas savoir que la WCPFC ou d'autres ORGP exigent une formation analogue des capitaines de navires non équipés de sennes coulissantes pêchant à l'extérieur de l'ETP.⁴³¹

7.231. Le Groupe spécial admet, bien entendu, que les capitaines sauront quelles étaient leurs *propres* intentions dans les cas où ils ont ordonné qu'un filet soit déployé pour encercler des dauphins. Il note, toutefois, que le Mexique a présenté des éléments de preuve qui montrent que, dans certains cas au moins, les filets peuvent être déployés sans qu'un ordre ou une autorisation explicite ait été donné par le capitaine d'un navire, qui peut ne pas participer directement à chaque opération de pêche.⁴³²

7.232. S'agissant de tous les autres aspects des responsabilités généralement attendues des observateurs du caractère *Dolphin Safe* d'une opération, le Groupe spécial considère que les États-Unis n'ont pas répondu à la question. La réponse des États-Unis montre que les capitaines qui cherchent à commander un senneur dans l'ETP doivent suivre une formation; mais les États-Unis n'ont pas expliqué au Groupe spécial pourquoi ils s'attendaient à ce que les capitaines disposent toujours et nécessairement des compétences techniques nécessaires pour certifier avec exactitude qu'un dauphin a ou non été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins, alors que la mesure modifiée concernant le thon reconnaît que ces compétences sont très complexes et doivent s'acquérir dans le cadre d'une formation.

7.233. De l'avis du Groupe spécial, les États-Unis n'ont pas réfuté la démonstration du Mexique selon laquelle les capitaines peuvent ne pas nécessairement et toujours disposer des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins, et que cela peut aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui est contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. Le Groupe spécial constate donc que les prescriptions différentes concernant la certification ne sont pas impartiales, et qu'elles ne peuvent donc pas être considérées comme découlant exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.234. Nous tenons à dire clairement qu'en constatant que le Mexique a établi *prima facie* que les capitaines peuvent ne pas toujours et nécessairement disposer des compétences techniques nécessaires pour garantir une certification *Dolphin Safe* exacte, nous ne constatons pas que le *seul* moyen pour les États-Unis de rendre leur mesure impartiale consiste à exiger une surveillance par des observateurs. Au contraire, comme nous l'avons constaté plus haut, les régimes nationaux, régionaux et internationaux s'appuient sur les certifications par les capitaines à des fins très diverses, et nous ne voyons aucune raison pour laquelle les capitaines ne pourraient pas, en principe et d'une manière générale, certifier avec exactitude le statut *Dolphin Safe* d'une capture

⁴²⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 40 du Groupe spécial, paragraphe 216 (italique dans l'original).

⁴³⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 40 du Groupe spécial, paragraphes 217 à 221.

⁴³¹ Réponse des États-Unis à la question n° 40 du Groupe spécial, paragraphes 222 et 223.

⁴³² Première communication écrite du Mexique, paragraphes 180 et 181.

de thon.⁴³³ Selon nous, le principal problème que pose la mesure modifiée concernant le thon, telle qu'elle est actuellement conçue, est que les États-Unis n'ont pas expliqué pourquoi leur mesure supposait que les capitaines disposaient des compétences nécessaires pour établir des certifications exactes. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus que les prescriptions différentes concernant la certification, telles qu'elles sont actuellement conçues, prennent suffisamment en compte les "risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan".⁴³⁴

7.235. Avant de conclure, le Groupe spécial exposera brièvement la façon dont il aborderait la question à l'examen dans la présente section si la charge de la preuve était attribuée de la manière indiquée par les tierces parties.

7.236. Ayant constaté que le Mexique avait établi *prima facie* que les prescriptions différentes concernant la certification modifiaient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains, le Groupe spécial devrait déterminer si les États-Unis ont établi *prima facie* que ce traitement préjudiciable découlait néanmoins exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.237. À notre avis, et compte tenu des constatations factuelles exposées plus haut, nous ne pensons pas que nous pourrions constater que les États-Unis ont réussi à montrer que l'effet préjudiciable découle *exclusivement* d'une distinction réglementaire légitime et ce, pour les raisons suivantes.

7.238. Comme nous l'avons indiqué plus haut, nous admettons, comme il apparaît que l'Organe d'appel l'a constaté dans la procédure initiale, que le fait d'exiger une certification par des observateurs pour les navires autres que les grands senneurs dans l'ETP n'était pas le seul moyen qui aurait pu permettre aux États-Unis de mettre leur mesure en conformité avec les décisions et recommandations de l'ORD.⁴³⁵ En outre, nous admettons l'argument des États-Unis selon lequel la prescription imposant un taux de surveillance par des observateurs de 100% dans l'ETP est étroitement liée au caractère spécial et, à certains égards, "unique" des dommages causés aux dauphins par la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.

7.239. Au cours de la réunion du Groupe spécial avec les parties, et également dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial, les États-Unis ont expliqué que la présence d'observateurs était nécessaire dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP parce que "c'[était] ces navires qui [avaient] la capacité et l'autorisation de tirer avantage de l'association unique entre le thon à nageoires jaunes et les dauphins dans l'ETP, en se livrant pendant de longues heures à la chasse et à la capture d'importants bancs de dauphins".⁴³⁶ Comme les États-Unis l'ont expliqué:

Un grand navire équipé de sennes coulissantes dans l'ETP compte un équipage d'une vingtaine de personnes pour n'importe quelle expédition donnée. La principale tâche de l'équipage est de pêcher le thon. Cependant, compte tenu de l'intensité et de la durée des interactions lors d'un encerclement de dauphins entre ces derniers, d'une part, et le navire, les vedettes rapides, l'hélicoptère et la senne coulissante, d'autre part, les parties à l'AIDCP ont conclu qu'il était approprié d'exiger qu'un navire ayant la capacité et l'autorisation de se livrer à une telle activité dangereuse, ait à son bord une seule personne chargée d'observer l'incidence du navire sur les dauphins qu'il chassait et capturait.⁴³⁷

7.240. Autrement dit, d'après ce que nous croyons comprendre, la position des États-Unis est que des observateurs sont nécessaires à bord des grands senneurs de l'ETP, mais peut-être pas à bord

⁴³³ En disant cela, nous ne laissons pas entendre que la certification par les capitaines est le *seul* moyen pour les États-Unis d'assurer une surveillance du statut *Dolphin Safe* du thon. Il peut fort bien exister d'autres méthodes, y compris l'utilisation de la technologie, qui pourraient permettre d'exercer cette surveillance. Néanmoins, comme les États-Unis ont décidé de s'appuyer sur la certification par les capitaines, notre tâche consiste seulement à évaluer si cette méthode pourrait être conforme à l'article 2.1 de l'Accord OTC.

⁴³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

⁴³⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 296.

⁴³⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 30 du Groupe spécial, paragraphe 166.

⁴³⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 30 du Groupe spécial, paragraphe 168.

d'autres navires dans d'autres pêcheries, *non* parce que le risque de mortalité ou de blessures graves des dauphins est d'une façon ou d'une autre moins élevé dans les autres pêcheries, mais parce que la nature de la technique de pêche utilisée par les grands senneurs de l'ETP, qui implique essentiellement la chasse et l'encerclement de nombreux dauphins sur une longue période, signifie qu'il est nécessaire qu'il y ait à bord une seule personne chargée d'enregistrer les dauphins capturés lors la chasse et/ou de la pose des sennes coulissantes. D'autres méthodes de pêche dans d'autres océans peuvent être – et, comme les États-Unis le reconnaissent, sont effectivement – une cause de mortalité et de blessures graves pour les dauphins, mais comme la nature et le degré de l'interaction sont différents du point de vue quantitatif⁴³⁸ et qualitatif⁴³⁹ (puisque les dauphins ne sont pas encerclés délibérément et que l'interaction n'est qu'accidentelle), il n'est 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.

7.241. Le Groupe spécial note que le Mexique conteste que la situation dans l'ETP soit unique ou différente d'une façon quelconque qui justifierait la manière différente dont les États-Unis traitent la pêche des navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et les autres pêcheries. Selon le Mexique, "les associations entre les thons et les dauphins ont été repérées et ont fait l'objet d'un encerclement délibéré" à l'extérieur de l'ETP⁴⁴⁰ et, par conséquent, l'absence d'observateurs indépendants à l'extérieur de l'ETP est injustifiable. De l'avis du Groupe spécial, toutefois, les éléments de preuve présentés par le Mexique ne sont pas suffisants pour réfuter les arguments des États-Unis sur ce point. Surtout, les éléments de preuve présentés par le Mexique donnent à penser que, même s'il peut 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'associent pas aux thons] aussi systématiquement qu'ils le font dans les eaux tropicales du Pacifique Est".⁴⁴¹ Ainsi, même selon des estimations prudentes, il apparaît que, dans la zone de la WCPFC, seuls "3,2% de l'ensemble des sennes coulissantes sont délibérément déployés sur des cétacés".⁴⁴² De même, un document récent présenté par l'Australie à la CTOI indiquait que "[s]elon les données recueillies par des observateurs entre 1986 et 1992 sur des navires soviétiques opérant dans l'océan Indien occidental, 494 encerclements à la senne coulissante ont été observés sur cette période de 7 ans, dont 27 visaient délibérément des requins-baleines et des cétacés".⁴⁴³ Ces chiffres correspondent parfaitement à la constatation du Groupe spécial initial selon laquelle il n'existe "aucun compte rendu d'activités de pêche constantes ou répandues sur des associations entre les thons et les dauphins nulle part ailleurs que dans l'ETP".⁴⁴⁴ Par ailleurs, les éléments de preuve présentés par les États-Unis indiquent qu'il y a eu "9 220 encerclements délibérés de dauphins à l'intérieur de l'ETP en 2012"⁴⁴⁵, ce qui représente 40% de toutes les opérations d'encerclement dans cet océan.

7.242. Ces statistiques confirment au Groupe spécial que, même si des dauphins peuvent de façon occasionnelle et accessoire être encerclés à l'extérieur de l'ETP, c'est uniquement à l'intérieur de l'ETP que l'encerclement des dauphins est pratiqué d'une manière constante ou "systématique", selon les termes du Groupe spécial initial. Le Groupe spécial constate donc que la position des États-Unis sur ce point est convaincante. De fait, à notre avis, les arguments des États-Unis sur la question seraient suffisants pour établir une présomption que les prescriptions différentes concernant la certification découlent d'une distinction réglementaire légitime si on suppose que les autres méthodes de pêche sont traitées de façon impartiale.

7.243. Le Groupe spécial est aussi au fait de l'argument du Mexique selon lequel, comme les deux parties conviennent que des méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins

⁴³⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 20 du Groupe spécial, paragraphes 120 et 121; réponse des États-Unis à la question n° 21 du Groupe spécial, paragraphes 136 à 142.

⁴³⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 20 du Groupe spécial, paragraphes 120 à 125; réponse des États-Unis à la question n° 22 du Groupe spécial, paragraphes 147 à 149.

⁴⁴⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 113.

⁴⁴¹ National Marine Fisheries Service, "An Annotated Bibliography of Available Literature Regarding Cetacean Interactions with Tuna Purse-Seine Fisheries Outside of the Eastern Tropical Pacific Oceans" (November 1996) (pièce MEX-40), page 2.

⁴⁴² New York Times, "A Small Victory for Whale Sharks" (December 6, 2012) (pièce MEX-44).

⁴⁴³ Australia and Maldives, "On the Conservation of Whale Sharks (Rhincodon Typus)" (IOTC-2013-S17-PropD[E]) (April 5, 2013) (pièce MEX-45).

⁴⁴⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.520.

⁴⁴⁵ AIDCP, "Fishing Mortality Limits 2012-2014" (pièce US-22).

peuvent tuer et blesser des dauphins, "[l]a question de savoir si les opérateurs du navire allèguent ou non que les morts étaient dues à un accident n'est pas pertinente"⁴⁴⁶, et ne peut pas expliquer les prescriptions différentes concernant la certification. Toutefois, de l'avis du Groupe spécial, le Mexique a mal compris ce que les États-Unis voulaient souligner en rappelant le caractère "accidentel" ou "accessoire" des interactions avec des dauphins lorsque des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins étaient utilisées. Selon nous, les États-Unis ne font pas valoir que la mort ou les blessures de dauphins causées "accidentelle" sont moins graves que la mort ou les blessures causées de façon "délibérée". Ils ne font pas non plus valoir que le thon peut être considéré comme *Dolphin Safe* lorsqu'il est capturé au moyen d'un déploiement d'engins qui tue ou mutile accidentellement des dauphins, ou que le thon peut ou devrait être considéré comme non *Dolphin Safe* seulement lorsqu'un dauphin est tué ou blessé délibérément. Au contraire, la mesure modifiée concernant le thon indique clairement que le thon ne peut pas être considéré comme *Dolphin Safe* dès lors qu'un dauphin est tué ou gravement blessé lors du déploiement d'engins au cours duquel le thon a été capturé, que la mort ou les blessures aient ou non été causées de façon délibérée.⁴⁴⁷

7.244. Nous croyons plutôt comprendre que l'invocation par les États-Unis du caractère accidentel des interactions avec des dauphins lorsque des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins sont utilisées, a trait à la différence entre les méthodes de pêche qui causent des dommages aux dauphins seulement de manière accessoire et celles qui, comme l'encerclement, supposent des interactions avec les dauphins "dans 100% des opérations d'encerclement de dauphins".⁴⁴⁸ Cette distinction est particulièrement importante lorsque – comme les États-Unis le font valoir dans le cas de l'encerclement – la nature particulière de l'interaction est en soi "foncièrement dangereuse"⁴⁴⁹ pour les dauphins, même si on ne voit aucun dauphin tué ou gravement blessé, parce que cette interaction a des effets délétères non observables sur le bien-être physique et émotionnel des dauphins.

7.245. Compte tenu de ce qui précède, nous constaterions que les États-Unis ont établi *prima facie* que les prescriptions différentes concernant la certification découlent exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.246. Néanmoins, compte tenu des éléments de preuve présentés par le Mexique concernant la complexité de la certification du statut *Dolphin Safe* des prises de thons⁴⁵⁰ – éléments que les États-Unis n'ont pas réfutés – nous constaterions que les États-Unis n'ont pas suffisamment expliqué pourquoi ils supposent que les capitaines peuvent se charger d'une activité dont la mesure modifiée concernant le thon elle-même reconnaît qu'elle est très complexe et qui nécessite une formation et un apprentissage. En l'absence d'une telle explication, nous serions obligés de constater que, même si les États-Unis peuvent légitimement faire des distinctions entre la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et les autres pêcheries, l'absence d'explications concernant les capacités techniques des capitaines signifie qu'il ne peut pas être considéré que les prescriptions différentes concernant la certification sont impartiales et de ce fait découlent *exclusivement* d'une distinction réglementaire légitime.

7.247. Avant de conclure notre analyse des prescriptions différentes concernant la certification, nous pensons utile de traiter brièvement d'un autre aspect de la mesure modifiée concernant le thon qui influe sur la distinction en matière de certification et qui, même s'il n'a pas fait l'objet d'un examen approfondi des parties, nous semble néanmoins avoir une certaine importance.

7.248. Dans l'une des questions qu'il a envoyées aux parties, le Groupe spécial leur a demandé de formuler des observations sur un tableau qu'il avait établi et qui récapitulait les diverses prescriptions concernant l'admissibilité, la certification, ainsi que le repérage et la vérification

⁴⁴⁶ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 142.

⁴⁴⁷ Voir par exemple la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 22 ("Tout produit du thon contenant du thon capturé lors d'une opération au cours de laquelle un dauphin a été tué ou gravement blessé ne serait pas admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*").

⁴⁴⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphe 88.

⁴⁴⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 23.

⁴⁵⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 70 à 72; deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 168; réponse du Mexique à la question n° 13 du Groupe spécial, paragraphe 79; réponse du Mexique à la question n° 61 du Groupe spécial, paragraphes 10 et 11.

applicables aux différentes pêcheries.⁴⁵¹ Le Groupe spécial avait établi ce tableau et souhaitait recevoir des observations afin de mieux comprendre la mesure modifiée concernant le thon.

7.249. Dans leur réponse à la question du Groupe spécial, les États-Unis ont précisé un certain nombre de points.⁴⁵² Élément très important pour les fins qui nous occupent, ils ont expliqué que "la détermination prévue à l'article 216.91 a) 4) iii)^[453] s'appliqu[ait] uniquement aux pêcheries qui n[étaient] par ailleurs pas visées par l'article 216.91 a) 1) à 3). Comme les navires équipés de sennes coulissantes opérant à l'extérieur de l'ETP [étaient] visés par le paragraphe a) 2), cette détermination ne s'appliqu[ait] pas aux pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP".⁴⁵⁴ Les États-Unis ont aussi expliqué que "la détermination établie conformément à l'article 216.91 a) 2) i)^[455] s'appliqu[ait] uniquement aux pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP".⁴⁵⁶

7.250. Dans ses observations sur la réponse des États-Unis, le Mexique a évoqué ces précisions. Il a affirmé ce qui suit:

[L]es États-Unis interprètent la loi comme autorisant l'imposition de prescriptions obligatoires concernant les observateurs aux petits navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP s'il a été déterminé qu'ils causent une mortalité régulière et importante (sans lien avec l'association entre les thons et les dauphins), alors que cette possibilité n'est pas prévue pour les grands et les petits navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP.

...

[De plus,] [d]ans leur réponse, les États-Unis soulignent que la mesure modifiée concernant le thon ne s'intéresse pas aux associations entre les thons et les dauphins dans les pêcheries autres que les pêcheries à la senne coulissante. Compte tenu en particulier de l'association entre les dauphins et les pêcheries à la palangre, cet élément est encore une autre indication du caractère arbitraire de la mesure.⁴⁵⁷

7.251. Il apparaissait donc que la réponse des États-Unis et les observations qu'elle a inspirées au Mexique soulevaient des questions d'une certaine importance en ce qui concerne le système par lequel des certifications par des observateurs pouvaient être exigées à l'extérieur de la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP dans certaines circonstances. Pour approfondir cette question, le Groupe spécial a envoyé aux parties une autre question qui était libellée de la façon suivante:

Aux deux parties: Dans leur réponse à la question n° 59 du Groupe spécial, les États-Unis ont précisé que "la détermination prévue à l'article 216.91 a) 4) iii) [du règlement final de 2013, à savoir qu'une pêche cause "une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins"] s'appliqu[ait] uniquement aux pêcheries qui n[étaient] par ailleurs pas visées par l'article 216.91 a) 1) à 3). Comme les navires équipés de sennes coulissantes opérant à l'extérieur de l'ETP [étaient] visés par le paragraphe a) 2), cette détermination ne s'appliqu[ait] pas aux pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP". Dans ses observations sur cette réponse, le Mexique a noté que "les États-Unis interprét[aient] la loi comme autorisant l'imposition de prescriptions obligatoires concernant les observateurs aux petits navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP s'il [était] déterminé qu'ils

⁴⁵¹ Question n° 59 du Groupe spécial.

⁴⁵² Réponse des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial.

⁴⁵³ Cette disposition dit que "[d]ans toute autre pêche désignée par l'Administrateur adjoint comme étant une zone où il y a une mortalité ou des blessures graves régulières et importantes des dauphins"; voir plus haut le paragraphe 3.45.

⁴⁵⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial, paragraphe 295.

⁴⁵⁵ Cette disposition dit que "[d]ans une pêche où se pratique la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP où l'Administrateur adjoint a déterminé qu'il y avait une association régulière et importante entre les dauphins et les thons (semblable à l'association entre les dauphins et les thons dans l'ETP)"; voir plus haut le paragraphe 3.45.

⁴⁵⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial, paragraphe 301.

⁴⁵⁷ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial, paragraphe 198.

caus[aient] une mortalité régulière et importante (sans lien avec l'association entre les thons et les dauphins), alors que cette possibilité n'[était] pas prévue pour les grands et les petits navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP".

Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial croit comprendre que a) 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, le Groupe spécial croit comprendre qu'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".

a. L'interprétation du Groupe spécial est-elle exacte? Dans l'affirmative, pourquoi la mesure modifiée concernant le thon est-elle structurée de cette manière? Autrement dit, pourquoi ne peut-on pas établir de détermination de l'existence d'"une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes" en ce qui concerne les grands et les petits navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP, et pourquoi ne peut-on pas établir de détermination de l'existence d'"une association régulière et importante entre les dauphins et les thons" en ce qui concerne les navires non équipés de sennes coulissantes opérant dans des pêcheries à l'extérieur de l'ETP et les petits navires équipés de sennes coulissantes opérant dans les pêcheries à l'intérieur de l'ETP? Le Groupe spécial croit savoir que les petits navires équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP n'ont pas le droit d'encercler les dauphins en vertu de l'AIDCP.

b. Si l'interprétation que le Groupe spécial donne des dispositions mentionnées plus haut est exacte, le fait qu'aucune détermination de l'existence d'"une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes" ne puisse être établie en ce qui concerne les grands et les petits navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP, ou qu'aucune détermination de l'existence d'"une association régulière et importante entre les dauphins et les thons" ne puisse être établie en ce qui concerne les navires non équipés de sennes coulissantes opérant dans les pêcheries à l'extérieur de l'ETP et les petits navires équipés de sennes coulissantes opérant dans les pêcheries à l'intérieur de l'ETP, pourrait-il aboutir à la pêche de thons non-*Dolphin Safe*?⁴⁵⁸

7.252. Dans leur réponse, les États-Unis ont confirmé l'interprétation du Groupe spécial telle qu'elle était exposée dans sa question aux parties. Ils ont expliqué que les deux déterminations en question "prévo[yaient] la possibilité" que les conditions dans les pêcheries autres que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP soient telles qu'elles justifieraient d'exiger une certification par un observateur (en plus d'une déclaration du capitaine) pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP. Quant à la question de savoir pourquoi la DPCIA permettait seulement de faire une détermination de l'existence d'une "association entre les thons et les dauphins régulière et importante" en ce qui concerne les pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, les États-Unis ont dit ce qui suit:

[C]ontrairement à ce qui se passe pour les pêcheries à la senne coulissante, il semblerait peu logique d'établir un lien entre la prescription concernant les observateurs et l'existence d'une association entre les thons et les dauphins semblable à celle qui existe dans l'ETP dans le cas de la pêche autre qu'à la senne coulissante. C'est-à-dire que même s'il n'est pas contesté dans la présente procédure que le dommage sans pareil causé aux dauphins par les grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP est directement lié à l'existence de l'association entre les thons

⁴⁵⁸ Question n° 60 du Groupe spécial.

à nageoires jaunes et les dauphins, il n'y a *aucun* élément de preuve attestant de l'existence d'une corrélation semblable entre l'association et le dommage causé aux dauphins par d'autres méthodes de pêche. La raison en est simple – les autres types d'engins ne peuvent pas tirer avantage d'une telle association.⁴⁵⁹

7.253. Les États-Unis n'ont pas expliqué pourquoi, au titre de la DPCIA, il ne pouvait pas être fait de détermination de l'existence d'une "mortalité régulière et importante des dauphins" en ce qui concerne les pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP.

7.254. Dans ses observations sur la réponse des États-Unis, le Mexique a fait valoir que "[l]es États-Unis [avaient] aussi tort d'alléguer qu'il n'y [avait] aucun élément de preuve attestant de l'existence d'une corrélation entre le dommage causé aux dauphins par les méthodes de pêche autres qu'à la senne coulissante et une association entre les thons et les dauphins". Il a indiqué ce qui suit:

Le Mexique a présenté des éléments de preuve non contestés montrant que les dauphins étaient attirés par les palangres car ils voulaient manger les poissons accrochés aux hameçons, ce qui entraînait une mortalité et des blessures graves des dauphins. Il a aussi présenté des éléments de preuve montrant que plusieurs milliers de dauphins mourraient dans les filets maillants, ce qui indiquait que les dauphins étaient "associés" avec le thon capturé par cette méthode de pêche. Les États-Unis ne peuvent raisonnablement pas nier le rôle que cette association joue dans la mortalité des dauphins à l'extérieur de l'ETP.⁴⁶⁰

7.255. Le Mexique demande donc instamment au Groupe spécial de reconnaître qu'"il est incohérent d'exclure totalement les méthodes de pêche autres qu'à la senne coulissante de la détermination de l'existence d'une association régulière et importante entre les dauphins et les thons et d'exclure la pêche à la senne coulissante de la détermination de l'existence d'une mortalité ou de blessures graves régulières et importantes des dauphins".⁴⁶¹ Pour le Mexique, cette incohérence "est une preuve supplémentaire que la mesure modifiée concernant le thon est arbitraire et non impartiale".⁴⁶²

7.256. Le Groupe spécial reconnaît que l'aspect ou la particularité de la mesure modifiée concernant le thon en cause en l'espèce – que nous dénommons les "dispositions relatives aux déterminations" – n'a pas été explicitement invoqué par le Mexique comme constituant un motif séparé d'incompatibilité avec les règles de l'OMC avant que le Groupe spécial ne soulève cette question. De fait, même dans sa réponse à la question du Groupe spécial, le Mexique n'a pas demandé au Groupe spécial de constater que les dispositions relatives aux déterminations donnaient lieu en elles-mêmes à une incompatibilité avec l'article 2.1 de l'Accord OTC ou avec les articles I^{er} et III du GATT de 1994. D'après ce que nous croyons comprendre, le Mexique est plutôt d'avis que les dispositions relatives aux déterminations sont simplement un exemple ou une manifestation de plus du caractère impartial des prescriptions différentes concernant la certification qui, comme nous l'avons indiqué plus haut, ont un effet préjudiciable sur le thon et les produits du thon mexicains.⁴⁶³

7.257. Les dispositions relatives aux déterminations font partie intégrante du système de certification mis en place par la mesure modifiée concernant le thon et elles sont donc pertinentes pour l'analyse du Groupe spécial du point de savoir si les États-Unis ont rendu leur mesure conforme aux décisions et recommandations de l'ORD en élaborant des procédures et des prescriptions qui prennent adéquatement en compte les risques présentés pour les dauphins par les méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins à l'intérieur de l'ETP. En fait, c'est précisément la raison pour laquelle le Groupe spécial a envoyé une question

⁴⁵⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 11 (italique dans l'original).

⁴⁶⁰ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 4.

⁴⁶¹ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁴⁶² Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁴⁶³ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 7.

additionnelle aux parties en vue d'obtenir d'autres renseignements dès que ce point a clairement été cerné.

7.258. De l'avis du Groupe spécial, il 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 pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP (ou dans la pêcherie 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 pêcherie située en dehors de l'ETP (ou dans une pêcherie de petits navires équipés de sennes coulissantes à l'intérieur de l'ETP) sont les mêmes que celles qui existent dans la pêcherie 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.⁴⁶⁴

7.259. De plus, de l'avis du Groupe spécial, il apparaît que les dispositions relatives aux déterminations sont arbitraires en ce sens qu'elles sont difficiles à concilier avec les objectifs recherchés par la mesure modifiée concernant le thon elle-même, ou à justifier au regard de ces objectifs.

7.260. Nous relevons en premier lieu que les États-Unis n'ont pas expliqué au Groupe spécial 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". Par conséquent, le Groupe spécial n'est pas en mesure d'évaluer si cette disposition relative aux déterminations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.261. En deuxième lieu, nous avons 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'a aucun effet sur le taux de mortalité ou de blessures graves causé par les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins. En toute logique, il apparaît au Groupe spécial que le risque de mortalité ou de blessures graves est forcément plus élevé dans les cas où les dauphins s'associent aux thons, même si la méthode de pêche en question ne cible pas délibérément cette association, comme le fait l'encerclement des dauphins. D'après le Groupe spécial, dans les cas où 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. C'est simplement une question de chiffres: plus il y a de dauphins à proximité, plus la probabilité qu'un ou plusieurs dauphins soient tués ou gravement blessés est forte. Par exemple, comme le Mexique l'explique dans sa réponse à la question du Groupe spécial et dans ses observations à ce sujet, il semble bien plus probable que des dauphins seront tués ou gravement blessés par des palangres dans les zones où il existe une association entre les thons et les dauphins "régulière et importante", puisque dans ces circonstances, les dauphins seront physiquement très proches des thons qui sont attirés par les palangres et il y a donc une probabilité plus élevée qu'ils soient eux-mêmes pris à l'hameçon.

7.262. En outre, de l'avis du Groupe spécial, la propre explication des États-Unis quant aux raisons pour lesquelles des observateurs sont nécessaires dans l'ETP semble donner à entendre que la présence d'observateurs peut être nécessaire chaque fois qu'il existe 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. On se rappellera que les États-Unis ont fait valoir (et le Groupe spécial a accepté) que la présence d'observateurs est nécessaire dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP parce qu'en raison de

⁴⁶⁴ Le Groupe spécial rappelle que, comme il est expliqué plus haut, il n'est pas nécessaire dans la présente procédure de procéder au type d'analyse approfondie et détaillée qui serait requises pour conclure de manière définitive que les prescriptions différentes concernant la certification facilitent l'étiquetage inexact du thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP: voir plus haut le paragraphe 7.169.

l'intensité de l'interaction entre les thons et les dauphins dans cette pêcherie, il est indispensable qu'une seule personne soit chargée de surveiller la sécurité et le bien-être des dauphins tout au long de l'opération de pêche. De l'avis du Groupe spécial, il est difficile de comprendre pourquoi ce raisonnement ne s'appliquerait pas également aux autres pêcheries dans lesquelles il existe une "association entre les thons et les dauphins régulière et importante", même si la méthode de pêche utilisée dans cette pêcherie ne cible pas délibérément l'association. Dans la mesure où une association entre les thons et les dauphins "régulière et importante" est susceptible d'augmenter le risque de mortalité ou de blessures graves des dauphins, il peut être logique d'exiger la présence d'observateurs *partout* où il existe une association entre les thons et les dauphins "régulière et importante", afin de s'assurer que les consommateurs reçoivent des renseignements exacts quant au statut *Dolphin Safe*.

7.263. Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial pense que les dispositions relatives aux déterminations révèlent une lacune dans les procédures de certification appliquées à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Il apparaît que ces dispositions 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. Cela permettrait de garantir que les situations semblables sont traitées de la même manière dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon. Cependant, une détermination de l'existence d'une mortalité régulière et importante⁴⁶⁵ ne peut pas être établie dans le cas des pêcheries à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP, et une détermination de l'existence d'une association entre les thons et les dauphins régulière et importante⁴⁶⁶ ne peut pas être établie dans le cas des pêcheries autres qu'à la senne coulissante. Cela veut dire que, dans certains cas, 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. Les États-Unis n'ont pas suffisamment expliqué pourquoi cet aspect de la mesure modifiée concernant le thon était structuré ainsi, ni en quoi il se rapportait aux objectifs recherchés par le système d'étiquetage. Le Groupe spécial n'est donc pas convaincu que cette lacune découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.5.2.4.2.3 Opinion séparée d'un membre du Groupe spécial

7.264. L'un des membres du Groupe spécial n'est pas en mesure d'accepter le raisonnement et les conclusions exposés plus haut aux paragraphes 7.233 à 7.246. Il est rendu compte des vues de ce membre dans la présente section.

7.265. Bien que je souscrive à bon nombre des constatations de fait intermédiaires formulées par la majorité des membres du Groupe spécial en ce qui concerne les prescriptions différentes concernant la certification, je ne souscris pas au raisonnement ou aux conclusions juridiques que mes collègues ont élaborés sur la base de ces constatations. Surtout, je ne conviens pas que les prescriptions différentes concernant la certification manquent d'impartialité. Au contraire, à mon avis, le traitement préjudiciable, quel qu'il soit, causé par les prescriptions différentes concernant la certification découle bel et bien exclusivement d'une distinction réglementaire légitime et, par conséquent, n'est pas incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.266. Pour commencer, je note que je partage l'avis de la majorité selon lequel une question essentielle pour l'évaluation de l'impartialité au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC est celle de savoir si, et dans quelle mesure, le traitement préjudiciable indiqué est ou non justifiable sur la base de l'objectif de politique générale recherché par le règlement technique en cause. Dans la présente affaire, cela signifie qu'il est nécessaire d'examiner si les prescriptions différentes concernant la certification imposées par la mesure modifiée concernant le thon vont tout à fait dans le sens des objectifs de ladite mesure ou permettent de les réaliser.

7.267. Selon moi, le but ou objectif global de la mesure modifiée concernant le thon est de réduire au minimum le risque que les consommateurs qui préfèrent le thon *Dolphin Safe* –

⁴⁶⁵ Article 216.91 a) 4) iii) du règlement d'application.

⁴⁶⁶ Article 216.91 a) 2) i) du règlement d'application.

c'est-à-dire le thon capturé d'une manière qui n'est pas dommageable pour les dauphins – finissent néanmoins par consommer du thon qui a été, en fait, capturé lors d'opérations ou d'autres déploiements d'engins au cours desquels des dauphins ont été tués ou gravement blessés. Pour atteindre ce but, la mesure modifiée concernant le thon établit et met en œuvre des mécanismes permettant de détecter les cas de dauphins morts ou gravement blessés au cours des expéditions de pêche. Chaque fois que ces mécanismes détectent qu'un dauphin a été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins donné, tous les thons capturés lors de cette opération ou ce déploiement d'engins deviennent inadmissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* des États-Unis.

7.268. Le Mexique fait valoir que les mécanismes de détection mis en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP sont moins sensibles, et donc moins exacts ou fiables, que ceux qui ont été mis en place pour les grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. Selon le Mexique, les mécanismes en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP sont moins susceptibles de détecter les cas de dauphins morts ou gravement blessés que ne le sont les mécanismes en place dans cette pêcherie. Par conséquent, selon l'argument du Mexique, il y a un plus grand risque, ou une plus forte probabilité, que le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP soit étiqueté *Dolphin Safe* même s'il a été capturé lors d'une opération au cours de laquelle, en fait, des dauphins ont été tués ou gravement blessés. Cependant, le risque ou la probabilité que le thon soit étiqueté *Dolphin Safe* même s'il a été capturé lors d'une opération au cours de laquelle, en fait, des dauphins ont été tués ou gravement blessés dépend non seulement de la sensibilité du mécanisme de détection des cas de dauphins morts ou gravement blessés, mais également de la probabilité de cette mortalité ou de ces blessures, c'est-à-dire de l'importance du risque présenté pour les dauphins par une méthode de pêche spécifique ou par la situation spécifique dans une pêcherie, comme l'étroite interaction entre les dauphins et les thons.

7.269. Le Mexique fait valoir que les mécanismes en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP sont moins exacts parce que a) les capitaines sont incités du point de vue financier à sous-estimer la mortalité et les blessures graves; et b) les capitaines peuvent ne pas avoir le même niveau d'expertise technique que des observateurs indépendants et, en conséquence, être moins à même de détecter la mortalité et les blessures graves qui se produisent au cours des opérations de pêche.

7.270. Je souscris entièrement à la constatation de fait de la majorité des membres du Groupe spécial sur le point a): à mon avis, le Mexique n'a pas présenté des éléments de preuve suffisants pour montrer que les capitaines sont foncièrement peu fiables en raison des incitations financières perverses.

7.271. Je souscris aussi à l'avis de la majorité sur le point b), à savoir que les capitaines peuvent ne pas avoir le même niveau d'expertise technique que des observateurs indépendants. Les éléments de preuve montrent très clairement que les observateurs dans l'ETP suivent une formation poussée sur une série de sujets et d'activités liés à la sécurité des dauphins, et que les capitaines peuvent ne pas toujours et nécessairement posséder le même niveau de connaissances spécialisées.⁴⁶⁷ Par conséquent, les capitaines sont peut-être moins à même de détecter la mortalité et les blessures graves qui se produisent au cours des opérations de pêche que ne le sont des observateurs indépendants spécialement formés.

7.272. À mon avis, toutefois, cela n'est pas réducteur parce que les capitaines sont souvent appelés à certifier l'existence de faits dont ils n'ont pas directement connaissance. Ils sont dans bien des cas censés certifier l'existence de faits sur la base de renseignements que leur fournit l'équipage. De même, il est raisonnable de s'attendre à ce que nombre d'activités confiées aux capitaines en vertu de réglementations sur la pêche nationales, régionales et internationales soient en fait accomplies par l'équipage, sous la supervision d'ensemble ou générale du capitaine, bien que ce soit le capitaine lui-même qui en définitive assume la responsabilité de certifier que l'activité en question a été dûment accomplie. Cela permet de penser que le simple fait que les capitaines peuvent ne pas posséder eux-mêmes l'expertise ou les connaissances spécialisées concernant la biologie et la sécurité des dauphins n'ôte pas nécessairement toute fiabilité à leurs

⁴⁶⁷ De fait, à mon avis, les États-Unis n'ont même pas allégué que les capitaines ont toujours et nécessairement la même expertise technique que les observateurs indépendants.

certifications selon lesquelles aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins donné. Même dans les cas où le capitaine ne possède pas cette expertise, il est possible qu'un membre de l'équipage l'ait, et il n'y a aucune raison de penser que la certification établie par le capitaine sur la base des renseignements fournis par ce membre d'équipage serait forcément ou foncièrement inexacte.

7.273. De plus, ce qui est peut-être plus important, je pense qu'à *supposer même* que la certification par le capitaine soit moins susceptible de détecter les cas de mort et de blessures graves, ce fait n'amène pas à conclure que les prescriptions différentes concernant la certification manquent d'impartialité. Cela tient aux raisons suivantes.

7.274. Premièrement, ni la certification par le capitaine ni la certification par l'observateur ne peuvent détecter *tous* les cas de dauphin mort ou gravement blessé. Nonobstant le libellé de la certification, tout ce qui peut vraiment être certifié, soit par le capitaine soit par un observateur, c'est qu'aucun dauphin mort ou gravement blessé n'a été *détecté* – c'est-à-dire observé – lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins. Le risque d'erreur humaine étant ce qu'il est, il est simplement impossible même pour l'observateur le plus qualifié de dire avec certitude qu'*aucun* dauphin n'a été tué ou gravement blessé au cours d'une opération de pêche. Le certificat de l'observateur et celui du capitaine devraient tous deux être considérés comme une indication fiable du fait que des cas de dauphins morts ou blessés ont ou non été détectés. Cependant, il est évident que lorsqu'il n'y a aucun observateur indépendant à bord, la probabilité que des cas de dauphins morts ou gravement blessés soient détectés est moindre que dans les situations où un observateur indépendant spécialement formé est à bord.

7.275. Il en découle qu'en ce qui concerne tant la certification par le capitaine que la certification par l'observateur, une certaine part ou marge d'erreur est forcément tolérée. La marge d'erreur peut être plus faible dans le cas de la certification par un observateur que dans celui de la certification par un capitaine; mais dans les deux cas, il y a toujours un risque que la mort ou la blessure grave d'un dauphin ne soit pas observée. Par conséquent, nous pouvons définir la différence entre la certification par le capitaine et la certification par l'observateur non seulement d'après le *degré d'exactitude ou de sensibilité* de l'une et de l'autre, mais également d'après *l'importance de la marge d'erreur* que l'une et l'autre autorisent.

7.276. Cela dit, sachant que la certification, soit par le capitaine soit par l'observateur, autorise toujours une certaine marge d'erreur, la question qui se pose est celle de savoir s'il est acceptable, au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC, que les États-Unis tolèrent une marge d'erreur plus grande pour les mécanismes en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP que pour ceux qui sont en place dans cette pêcherie. À mon avis, cela est acceptable. Pour dire les choses simplement, d'après moi, dans les cas où la probabilité de mortalité ou de blessures graves des dauphins est plus faible – parce que, par exemple, une association importante entre les thons et les dauphins est moins probable – les États-Unis peuvent accepter une marge d'erreur proportionnellement plus grande. À l'inverse, dans les cas où les risques sont plus élevés, il peut être approprié de tolérer seulement une marge d'erreur plus faible. À condition que la marge d'erreur tolérée soit, pour reprendre un terme utilisé dans la procédure initiale, "adaptée" aux risques auxquels les dauphins sont 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 ne sont pas les mêmes n'ôte pas son impartialité à la mesure modifiée concernant le thon. De fait, il me semble qu'ainsi interprétée, l'"adaptation" de la marge d'erreur acceptable au niveau de risque dans une pêcherie particulière est au cœur même de l'analyse de l'impartialité dans la présente affaire.

7.277. Un exemple hypothétique contribuera sans doute à clarifier mon point de vue. Disons qu'une municipalité limite la vitesse à 80 km/h sur toutes les routes. Disons aussi que pour détecter les infractions à cette limite de vitesse, la municipalité a mis au point un système d'observation par la police. Maintenant, supposons que les excès de vitesse sont plus nombreux dans la banlieue A que dans la banlieue B. En conséquence, la municipalité exige que des policiers équipés de détecteurs extrêmement sensibles soient présents quotidiennement sur les grands axes de la banlieue A, mais dans la banlieue B, elle n'exige leur présence que quatre jours par semaine et avec des détecteurs moins sensibles. Pourrait-on dire que ce dispositif manque d'impartialité? Selon moi, on ne le pourrait pas. Je crois qu'il est tout à fait raisonnable que, pour faire appliquer les règlements, les pouvoirs publics modulent l'intensité de leurs mécanismes de détection en fonction du nombre de violations passées et du risque de violations futures. À condition qu'il y ait

un lien rationnel entre la modulation de l'intensité et la différence de risque, je ne constaterai pas que la mise en œuvre de mécanismes de détection différents manque d'impartialité ou est autrement discriminatoire.

7.278. Comme le Groupe spécial l'a expliqué dans le cadre de son examen des critères d'admissibilité, dans la procédure initiale, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont tous deux constaté que l'encerclement des dauphins était "particulièrement dommageable" pour les dauphins. L'encerclement des dauphins est la seule méthode de pêche au thon qui cible délibérément les dauphins, et interagit donc avec les dauphins d'une manière qui est exceptionnellement intense, du point de vue tant du nombre de dauphins affectés que de la fréquence de l'interaction. Selon moi, les États-Unis ont présenté des éléments de preuve suffisants pour montrer que les risques dans les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP sont, de manière générale, considérablement moins graves que ceux qui existent dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁴⁶⁸ Bien entendu, cela ne veut pas dire que les autres méthodes de pêche ne causent pas une mortalité ou des blessures graves. Elles le font, et c'est pourquoi les États-Unis exigent des capitaines dans ces pêcheries qu'ils certifient qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé. Cependant, étant donné le niveau de risque plus élevé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, je suis d'avis que les États-Unis sont tout à fait impartiaux en tolérant une marge d'erreur plus faible dans cette pêcherie et, par conséquent, en exigeant la présence d'observateurs dans cette pêcherie mais pas dans les autres.

7.279. Il devrait être clair que mon raisonnement repose sur l'affirmation selon laquelle, dans les cas où le niveau de risque est différent, il est acceptable que les États-Unis tolèrent des marges d'erreur différentes pour leurs mécanismes de détection. Le corollaire de cette position est qu'ils ne pourraient pas être considérés comme agissant de manière impartiale s'ils toléraient une marge d'erreur différente dans deux pêcheries (ou plus) dont les profils de risque sont les mêmes. En pareil cas, l'impartialité exigerait que les mêmes mécanismes de détection soient mis en œuvre.

7.280. À mon avis, la mesure modifiée concernant le thon répond à cette nécessité au moyen des articles 216.91 a) 4) iii) et 216.91 a) 2) i) (les "dispositions relatives aux déterminations"). Ces dispositions permettent à l'Administrateur adjoint d'établir une détermination selon laquelle une pêcherie particulière cause une "mortalité régulière et importante des dauphins" ou se caractérise par une "association régulière et importante entre les thons et les dauphins" semblable à celle qui existe dans l'ETP. Dans les cas où une telle détermination sera faite, une certification par un observateur indépendant sera exigée dans cette pêcherie. Autrement dit, la mesure modifiée concernant le thon est suffisamment flexible pour permettre aux États-Unis d'imposer les mêmes prescriptions dans les pêcheries où le même niveau de risque existe. Selon moi, cette flexibilité est un autre élément prouvant l'impartialité des prescriptions différentes concernant la certification élaborées par la mesure modifiée concernant le thon.

7.281. Cela dit, s'il était montré qu'une autre pêcherie cause, en fait, "une mortalité et des blessures graves régulières et importantes", ou qu'une autre pêcherie se caractérise, en fait, par "une association régulière et importante entre les thons et les dauphins" semblable à celle qui existe dans l'ETP, on pourrait alors faire valoir que le fait que l'Administrateur adjoint n'a pas établi la détermination pertinente prévue aux articles 216.91 a) 4) iii) et/ou 216.91 a) 2) i) donne en lui-même lieu à un manque d'impartialité. Il en serait ainsi parce que, du fait qu'une détermination n'aurait pas été établie, les pêcheries dans lesquelles les mêmes risques existent seraient traitées différemment. Cependant, le Mexique n'a pas demandé au Groupe spécial de constater que le fait que l'Administrateur adjoint n'a pas établi de détermination constitue en soi une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC. À mon avis, il n'a pas non plus présenté d'éléments de preuve suffisants pour établir le bien-fondé de cet argument.

7.282. Par conséquent, à mon avis, la 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.

⁴⁶⁸ Voir la section C de la première communication écrite des États-Unis et le document intitulé "Table Summarizing Fishery-by-Fishery Evidence on Record" (pièce US-127).

7.283. Cela dit, je souscris entièrement au raisonnement de la majorité des membres du Groupe spécial concernant les dispositions relatives aux déterminations, tel qu'il est exposé plus haut aux paragraphes 7.247 à 7.263. À mon avis, le fait qu'on ne puisse pas déterminer qu'il y a 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 puisse pas déterminer qu'il y a une association régulière et importante entre les thons et les dauphins dans le cas des pêcheries autres qu'à la senne coulissante, n'a pas été expliqué ni justifié. Cet aspect des prescriptions différentes concernant la certification est donc incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.5.2.5 Prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification

7.284. Le troisième cas de traitement moins favorable invoqué par le Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC concerne les prescriptions différentes concernant l'enregistrement des données et la vérification qui s'appliquent pour le thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, d'une part, et pour tous les autres thons, d'autre part.

7.285. Dans sa première communication écrite, le Mexique décrit la distinction réglementaire comme suit:

[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 de la même méthode de pêche et de méthodes différentes.⁴⁶⁹

7.286. Dans les présentes constatations, nous désignerons cette distinction réglementaire par l'expression "prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification".

7.287. Comme nous l'avons fait en ce qui concerne les prescriptions différentes concernant la certification, nous commençons par examiner si les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains. Si nous constatons qu'elles le font, nous entreprendrons de déterminer si cet effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.5.2.5.1 Question de savoir si les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique

7.5.2.5.1.1 Arguments des parties

7.288. La teneur de l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification ont un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence du thon et des produits du thon mexicains est essentiellement la même que celle de son allégation relative aux prescriptions différentes concernant la certification. L'argument du Mexique n'est pas que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification en elles-mêmes bloquent ou entravent l'accès du Mexique au label *Dolphin Safe*. Sa plainte est plutôt que "l'absence de prescriptions suffisantes concernant ... l'enregistrement des données [et] la vérification pour le thon utilisé pour élaborer des produits du thon des États-Unis et d'autres pays signifie que les produits du thon mexicains perdent des possibilités de concurrence par rapport à des produits du thon qui peuvent être étiquetés *Dolphin Safe* de façon incorrecte. C'est cette différence qui crée l'effet préjudiciable".⁴⁷⁰ Selon le Mexique, l'effet préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification ne découle pas du "refus de possibilité de concurrence" – au-delà ou en plus du refus inhérent à l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins – mais plutôt de l'octroi d'"un avantage concurrentiel" au thon et aux produits du thon des États-Unis et d'autres Membres de l'OMC.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 236.

⁴⁷⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 117.

⁴⁷¹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 117.

7.289. Les États-Unis rejettent les arguments du Mexique en grande partie pour les raisons mêmes pour lesquelles ils ont rejeté ses arguments concernant les prescriptions différentes concernant la certification. La principale affirmation des États-Unis est que "l'effet préjudiciable ne découle pas" des prescriptions différentes concernant l'enregistrement des données ainsi que le repérage et la vérification.⁴⁷² En fait, "le premier élément indiqué par le Mexique [à savoir les critères d'admissibilité] est l'effet préjudiciable", et puisque "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 les prescriptions différentes concernant les observateurs n'existaient pas, "le Mexique ne peut tout simplement pas établir l'existence d'un lien de causalité entre l'effet préjudiciable" et les prescriptions différentes concernant l'enregistrement des données ainsi que le repérage et la vérification.⁴⁷³

7.290. De plus, comme dans le contexte des prescriptions différentes concernant la certification, les États-Unis font observer que l'allégation du Mexique à l'encontre des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification est fondée sur l'idée que "les producteurs sont désavantagés par rapport à leurs concurrents non visés par l'AIDCP dans la mesure où les concurrents sont autorisés à désigner de façon inexacte leurs produits du thon comme étant *Dolphin Safe* ... alors que les producteurs mexicains, en raison des prescriptions strictes de l'AIDCP concernant l'enregistrement des données, ne peuvent pas commettre une fraude de la même importance".⁴⁷⁴ Cependant, de l'avis des États-Unis, "le Mexique ne fournit *aucun* élément de preuve à l'appui de l'affirmation selon laquelle les pouvoirs publics et les citoyens des États-Unis ont été victimes d'une fraude à l'échelle de l'ensemble de la branche de production au cours des deux dernières décennies".⁴⁷⁵

7.291. En outre, et comme ils l'ont fait dans le contexte des prescriptions différentes concernant la certification, les États-Unis font valoir que la distinction dont le Mexique se plaint est "créée par l'AIDCP, et non par la mesure des États-Unis. De fait, si les États-Unis éliminaient toutes les références à l'AIDCP (et à ses prescriptions) dans la mesure modifiée, la distinction réglementaire que le Mexique critique *existerait toujours*".⁴⁷⁶ Par conséquent, d'après les États-Unis, il n'existe pas de "véritable lien" entre les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification et tout effet préjudiciable subi par le thon et les produits du thon mexicains.

7.292. Enfin, selon les États-Unis, la position du Mexique signifie qu'ils sont obligés de s'imposer et d'imposer à tous leurs partenaires commerciaux les engagements internationaux, quels qu'ils soient, que le Mexique a contractés en ce qui concerne le repérage et la vérification, "indépendamment des données scientifiques ou de toute autre considération". Les États-Unis affirment que cela est incompatible avec le principe voulant que les Membres puissent choisir leurs niveaux de protection appropriés en rapport avec des objectifs légitimes.⁴⁷⁷

7.5.2.5.1.2 Analyse par le Groupe spécial

7.293. À titre préliminaire, nous rappelons de nouveau la constatation que nous avons faite plus haut selon laquelle le Mexique a formulé une allégation distincte relative aux prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, et selon laquelle il est approprié que nous examinions cette allégation.

7.294. Nous rappelons aussi que dans le contexte de l'analyse que nous avons faite plus haut des prescriptions différentes concernant la certification, nous avons expliqué pourquoi, à notre avis, la distinction réglementaire dont le Mexique se plaint est à juste titre considérée comme découlant de la mesure modifiée concernant le thon elle-même, même si elle incorpore des prescriptions imposées par l'AIDCP.⁴⁷⁸ Sans préjudice du point de savoir si les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification ont en fait un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence du thon et des produits du thon mexicains importés – question que nous analysons en détail dans les paragraphes qui suivent – nous notons que notre analyse de la relation entre les

⁴⁷² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 223.

⁴⁷³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 223 (italique dans l'original).

⁴⁷⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 246.

⁴⁷⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 247 (italique dans l'original).

⁴⁷⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 226 (italique dans l'original).

⁴⁷⁷ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 105.

⁴⁷⁸ Voir plus haut les paragraphes 7.171 à 7.179.

prescriptions de l'AIDCP et la mesure modifiée concernant le thon s'applique avec la même force en ce qui concerne les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification. Bien que les prescriptions concernant le repérage et la vérification que la mesure modifiée concernant le thon impose pour le thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP découlent elles-mêmes de l'AIDCP, la distinction réglementaire dont le Mexique se plaint est la distinction qu'établit la mesure modifiée concernant le thon elle-même en imposant des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification pour différents thons comme condition d'accès au label *Dolphin Safe* des États-Unis. Ainsi, même s'il est vrai que "[c]e que la législation des États-Unis exige, c'est que les producteurs mexicains présentent des formulaires 370 indiquant le numéro de repérage prescrit par l'AIDCP", alors que "[l]es prescriptions effectives concernant l'enregistrement des données et la vérification dont le Mexique se plaint figurent dans l'AIDCP"⁴⁷⁹, il n'en demeure pas moins que, comme elle incorpore ces prescriptions de l'AIDCP, la mesure concernant le thon elle-même crée une distinction réglementaire qui subordonne l'accès au label *Dolphin Safe* des États-Unis à des critères différents en fonction du lieu et du mode de capture du thon.

7.295. Le Groupe spécial va maintenant examiner sur le fond les arguments des parties. Avant de procéder à notre évaluation juridique, il est nécessaire d'examiner de manière assez détaillée la situation factuelle plutôt complexe à laquelle nous sommes confrontés.

Interprétation par le Groupe spécial du système des États-Unis pour le repérage et la vérification du thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP

7.296. Comme le Mexique le dit dans sa première communication écrite, "[l]e respect de l'AIDCP suppose l'obligation stricte de se conformer au système de repérage du thon prévu par l'AIDCP".⁴⁸⁰ Dans sa première communication écrite, le Mexique cite abondamment la Résolution portant adoption du système modifié de repérage et de vérification du thon de l'AIDCP, adoptée le 20 juin 2001⁴⁸¹, qui décrit avec force détails les prescriptions concernant le repérage et la vérification qui s'appliquent au thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. Nous pensons comme le Mexique que cette description détaillée est "essentielle à la compréhension des étapes qui sont nécessaires pour garantir qu'un produit du thon contient véritablement du thon capturé sans dommage pour les dauphins"⁴⁸², et nous renvoyons à la partie descriptive du présent rapport qui décrit ce système de manière assez détaillée.⁴⁸³

7.297. Les diverses étapes sont mises en œuvre dans le droit mexicain au moyen d'une série de mesures.⁴⁸⁴ Nous n'avons pas besoin, toutefois, de nous intéresser aux détails du droit interne mexicain.⁴⁸⁵

7.298. Le Mexique oppose les prescriptions concernant le repérage et la vérification détaillées qui s'appliquent aux grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et l'absence de prescriptions similaires pour le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. Comme le Mexique le dit, pour ce thon, "[i]l n'y a de prescriptions documentaires pour aucun type de produits élaborés avec du thon capturé à l'extérieur de l'ETP, à l'exception de l'auto-certification par le capitaine. En particulier, il n'existe absolument aucune prescription imposant un système de repérage du thon".⁴⁸⁶

7.299. Les États-Unis admettent que ces prescriptions de l'AIDCP sont incorporées, au moins indirectement, dans la mesure concernant le thon. Ils expliquent que le formulaire 370 "exige que le thon pêché dans l'ETP par des grands navires équipés de sennes coulissantes soit accompagné

⁴⁷⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 98.

⁴⁸⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 89.

⁴⁸¹ Agreement on the International Dolphin Conservation Program, "Resolution to Adopt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna" (20 juin 2001) (pièce MEX-36).

⁴⁸² Première communication écrite du Mexique, paragraphe 90.

⁴⁸³ Voir plus haut les paragraphes 3.47 à 3.52.

⁴⁸⁴ Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-002-PESC-1999, Pesca responsable de túnidos. Especificaciones para la protección de delfines. Requisitos para la comercialización de túnidos en territorio nacional (pièce MEX-31) et Norma Oficial Mexicana NOM-001-SAG/PESC-2013, Pesca responsable de túnidos. Especificaciones para las operaciones de pesca con red de cerco (pièce MEX-32).

⁴⁸⁵ Voir la première communication écrite du Mexique, paragraphes 91 à 93.

⁴⁸⁶ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 94 (souligné dans l'original).

de documents établis par le pays membre de l'IDCP approprié qui certifient qu'un observateur de l'IDCP se trouvait en tout temps à bord du navire et qui indiquent les numéros du ou des TTF correspondants.⁴⁸⁷

7.300. Cependant, les États-Unis rejettent l'allégation du Mexique selon laquelle, contrairement à ce qui se passe dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon n'impose aucune prescription concernant le repérage et la vérification pour le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. Au contraire, d'après les États-Unis, la mesure modifiée concernant le thon impose *effectivement* au moins deux⁴⁸⁸ prescriptions concernant le repérage et la vérification afin de "protéger l'intégrité du label *Dolphin Safe* pour le thon pêché par des navires autres que des grands navires équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP".⁴⁸⁹ Selon les États-Unis, "[c]es [deux] prescriptions portent application, et même vont au-delà, des prescriptions concernant l'enregistrement des données des ORGP qui régissent les zones de pêche au thon autres que l'ETP"⁴⁹⁰ – c'est-à-dire les prescriptions concernant l'enregistrement élaborées dans le contexte des divers accords internationaux qui réglementent la pêche dans des zones océaniques particulières.

7.301. Premièrement, les États-Unis expliquent ce qui suit:

[C]haque produit du thon importé, quel que soit le lieu où le thon a été capturé et que le label *Dolphin Safe* soit utilisé ou non, doit être accompagné du formulaire 370 de la NOAA, qui indique le type d'engin ayant servi à capturer le thon et, si le produit doit être étiqueté *Dolphin Safe*, contient les certifications nécessaires. Au moment de l'importation, une copie de ce formulaire est présentée au Bureau des douanes et de la protection des frontières et une autre copie est présentée, dans les dix jours suivant l'importation, au Programme de repérage et de vérification du thon (TTVP).⁴⁹¹

7.302. Deuxièmement, les États-Unis soutiennent ce qui suit:

[L]a mesure modifiée exige que le thon, pour être incorporé dans un produit du thon étiqueté *Dolphin Safe*, soit séparé du thon non-*Dolphin Safe* au moment de sa capture et jusqu'à son déchargement et sa transformation. L'article 216.93 c) 1) met en œuvre cette prescription pour le thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, en exigeant que le thon *Dolphin Safe* soit mis dans des cuves désignées à cet effet et soit, après son déchargement, placé dans des camions, dans des entrepôts ou sur des navires transporteurs de telle manière que la distinction entre le thon *Dolphin Safe* et le thon non-*Dolphin Safe* soit préservée. L'article 216.93 c) 2) et 3) applique la même prescription au thon capturé par des navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP et au thon capturé dans d'autres pêcheries. Tout mélange dans les cuves ou les zones de stockage visées aboutit à la désignation du thon comme étant non-*Dolphin Safe*.⁴⁹²

7.303. De plus, les États-Unis expliquent que certains organismes publics des États-Unis procèdent à divers contrôles dans les conserveries des États-Unis⁴⁹³, y compris des contrôles par sondage⁴⁹⁴, afin de s'assurer du respect de ces prescriptions. Ainsi, chaque fois qu'une conserverie des États-Unis reçoit une expédition de thon national ou importé en vue de sa transformation, un représentant du Service national des pêcheries maritimes peut être présent pour surveiller la livraison et vérifier les désignations *Dolphin Safe*.⁴⁹⁵ En outre, les conserveries des États-Unis sont

⁴⁸⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 44 à 46.

⁴⁸⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 49 et 50.

⁴⁸⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 48.

⁴⁹⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 51.

⁴⁹¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 49.

⁴⁹² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 50.

⁴⁹³ Les États-Unis ont admis qu'ils n'effectuaient pas de contrôles dans les conserveries autres que celles des États-Unis: première communication écrite des États-Unis, paragraphe 64.

⁴⁹⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 53 ("le NMFS mène régulièrement des audits dans les conserveries de thon des États-Unis et procède à des "contrôles par sondage" des produits du thon sur le marché de détail").

⁴⁹⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 52.

tenues de présenter au TTVP des rapports mensuels contenant des renseignements concernant, entre autres choses, les espèces de thon reçues par la conserverie, leur statut *Dolphin Safe*, leur condition (y compris le poids), ainsi que l'océan dans lequel le thon a 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 seront étiquetés *Dolphin Safe*, les certifications requises attestant qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles le thon a été capturé. Pour faciliter ces contrôles, tous les exportateurs, transbordeurs⁴⁹⁶, importateurs, transformateurs et distributeurs de thon et produits du thon doivent archiver les documents se rapportant aux expéditions de thon auxquelles ils ont participé pendant au moins deux ans.⁴⁹⁷

7.304. D'après les États-Unis, diverses sanctions peuvent s'appliquer en cas de non-respect de ces prescriptions. Par exemple, les produits du thon dont il a été constaté qu'ils étaient étiquetés de façon incorrecte peuvent être confisqués, réexportés, voire, dans certains cas, détruits.⁴⁹⁸ De plus, l'importateur des États-Unis enregistré pour un lot ou une expédition particulier de thon est, en vertu de la législation intérieure des États-Unis, responsable de l'exactitude des renseignements figurant dans le formulaire 370. Les personnes qui mettent en vente ou exportent des produits du thon faussement étiquetés *Dolphin Safe* – y compris des producteurs, importateurs, exportateurs, distributeurs et autres vendeurs – sont passibles de sanctions civiles, voire de poursuites pénales, en vertu de la DPCIA.⁴⁹⁹

7.305. Dans sa deuxième communication écrite, le Mexique fait part de préoccupations au sujet de l'utilité des prescriptions des États-Unis concernant le repérage et la vérification pour le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. En particulier, il note que "[l]orsque les autorités des États-Unis procèdent à leur "vérification" dans les conserveries des États-Unis, elles peuvent seulement contrôler si la conserverie archive les documents qu'elle reçoit; il n'y a aucun moyen de contrôler la validité des documents".⁵⁰⁰ Ainsi, d'après le Mexique, "la mesure modifiée concernant le thon ne prévoit aucune prescription ni procédure permettant de repérer ou de vérifier le statut *Dolphin Safe* du thon capturé par un navire à n'importe quel moment alors qu'il est stocké à bord des navires de pêche, regroupé avec le thon capturé par d'autres navires de pêche, déchargé au port, vendu par courtage, transbordé, partiellement transformé en longues, transformé en produits du thon finis ou importé aux États-Unis".⁵⁰¹ De l'avis du Mexique, cela contraste fortement avec le fait que "la mesure modifiée concernant le thon prescrit un système d'enregistrement des données et de repérage complet et soumis à une vérification indépendante pour le statut *Dolphin Safe* du thon capturé à l'intérieur de l'ETP".⁵⁰²

7.306. Pour pouvoir mieux comprendre les prescriptions concernant le repérage et la vérification imposées pour le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes, le Groupe spécial a posé aux parties un certain nombre de questions sur ce point après sa réunion avec elles.⁵⁰³

7.307. Le Groupe spécial a demandé aux États-Unis d'expliquer "[c]omment [ils étaient] en mesure, si tant est qu'ils le soient, de vérifier qu'à l'extérieur de l'ETP, le thon *Dolphin Safe* et le thon non-*Dolphin Safe* [avaient] été conservés séparément, depuis le lieu de capture jusqu'au point de vente au détail, ainsi que l'exige la mesure modifiée concernant le thon".⁵⁰⁴ En réponse, les États-Unis ont expliqué qu'"[i]l y [avait] plusieurs mécanismes par lesquels [ils] pourraient vérifier si le thon *Dolphin Safe* et le thon non-*Dolphin Safe* capturé à l'extérieur de l'ETP avaient été conservés séparément depuis leur capture jusqu'à leur vente au détail, en passant par leur transformation".⁵⁰⁵ Ces mécanismes comprennent "des inspections en haute mer ou dans les eaux territoriales des États-Unis", au cours desquelles "il pourrait être découvert qu'un capitaine n'a pas

⁴⁹⁶ En ce qui concerne la question complexe du transbordement, voir plus loin les paragraphes 7.327 à 7.351.

⁴⁹⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 52.

⁴⁹⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 53.

⁴⁹⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 53.

⁵⁰⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 67.

⁵⁰¹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 145.

⁵⁰² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 145.

⁵⁰³ Questions n° 43, 44 et 45 du Groupe spécial.

⁵⁰⁴ Question n° 43 du Groupe spécial.

⁵⁰⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 229.

séparé le thon *Dolphin Safe* du thon non-*Dolphin Safe*".⁵⁰⁶ De plus, les États-Unis font valoir que "les inspections de routine des expéditions de thon déchargé dans les ports ou les conserveries des États-Unis pourraient révéler qu'un capitaine n'a pas séparé le thon *Dolphin Safe* du thon non-*Dolphin Safe*". Cette révélation pourrait survenir à la suite d'audits des documents, ou "un agent pourrait observer que le thon est déchargé et placé dans des camions, dans des entrepôts ou sur des navires transporteurs d'une manière qui ne préserve pas la séparation du thon *Dolphin Safe* et du thon non-*Dolphin Safe*".⁵⁰⁷ Les audits des conserveries des États-Unis par les pouvoirs publics "pourraient révéler des manquements systémiques à l'obligation d'avoir des procédures adéquates de séparation du thon *Dolphin Safe* et du thon non-*Dolphin Safe*" ou "des systèmes inadéquats pour garantir que tout le thon acheté en tant que thon *Dolphin Safe* est accompagné des certifications requises et donne lieu à un repérage jusqu'à sa transformation".⁵⁰⁸ Et le NMFS est habilité à procéder à des "contrôles par sondage sur le marché de détail" lors desquels il "utilise le code de produit" d'une boîte ou d'un sachet de thon vendu au détail et choisi au hasard "pour remonter toute la filière du produit, en passant par l'importateur ou le fabricant, jusqu'au navire de pêche et à l'expédition de pêche".⁵⁰⁹ Enfin, les États-Unis font valoir que "l'industrie de la conserve de thon impose sa propre surveillance aux capitaines de navires". D'après les États-Unis, "il est possible que les conserveries elles-mêmes puissent vérifier et vérifient si les navires ont procédé à la séparation exigée par la mesure des États-Unis, et ... elles [pourraient] refuser d'acheter du thon provenant de navires qui n'ont pas respecté la mesure modifiée".⁵¹⁰

7.308. Dans leur réponse à une autre question du Groupe spécial⁵¹¹, les États-Unis ont donné au Groupe spécial d'autres détails sur ces mécanismes de repérage et de vérification. Aux présentes fins, la partie la plus importante de la réponse des États-Unis concerne les audits des conserveries, parce que c'est au moyen de ces audits que les autorités des États-Unis peuvent "obtenir tous les documents qui permettent de suivre des lots particuliers reçus par les conserveries depuis l'expédition au cours de laquelle le thon a été capturé".⁵¹² Autrement dit, d'après ce que nous croyons comprendre, c'est essentiellement au moyen des audits des conserveries que les États-Unis s'assurent que tout le thon a été dûment repéré et vérifié de façon à garantir que le thon non-*Dolphin Safe* n'est pas étiqueté de façon incorrecte.

7.309. **[[RCC^{513,514}]]**

7.310. **[[RCC^{515,516}]]**

7.311. **[[RCC⁵¹⁷]]** De l'avis des États-Unis, les audits peuvent donc "révéler des divergences entre les documents et des irrégularités procédurales qui donnent lieu à des certifications *Dolphin Safe* inexactes ou frauduleuses. Spécifiquement, un audit permettrait de découvrir l'absence de formulaires 370 ou de déclarations du capitaine, un enregistrement inadéquat des données liant des certifications par les capitaines à des lots de thon en conserve, ou le mélange de thon *Dolphin Safe* et de thon non-*Dolphin Safe*".⁵¹⁸

⁵⁰⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 230.

⁵⁰⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 231.

⁵⁰⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 232.

⁵⁰⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 233.

⁵¹⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 234.

⁵¹¹ Question n° 44 du Groupe spécial. La question est libellée comme suit: "Aux États-Unis: Comment les États-Unis peuvent-ils déterminer si un importateur, un transformateur ou un capitaine a établi une fausse déclaration *Dolphin Safe*?"

⁵¹² Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 240.

⁵¹³ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 241.

⁵¹⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 241.

⁵¹⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 242. Les États-Unis font valoir que, dans certains cas, le code de la boîte de conserve peut aussi permettre aux autorités de remonter jusqu'à la déclaration du capitaine qui y est associée. Toutefois, selon le Groupe spécial, les éléments de preuve invoqués par les États-Unis à l'appui de cet argument sont ambigus. En particulier, le Groupe spécial est déconcerté par le fait que **[[RCC]]**. Par conséquent, il s'abstient de constater que les éléments de preuve dont il dispose établissent que les codes des boîtes de conserve permettent aux autorités des États-Unis de remonter jusqu'à la déclaration du capitaine associée au thon contenu dans un produit vendu au détail.

⁵¹⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphes 242 et 243.

⁵¹⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 243.

⁵¹⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 244.

7.312. Il est important de noter que les contrôles par sondage sur le marché de détail que peuvent effectuer les autorités des États-Unis fonctionnent essentiellement de la même manière que les audits des conserveries. Pour le thon transformé aux États-Unis, l'autorité compétente remontera depuis la boîte de conserve jusqu'à la conserverie responsable de sa production et cette conserverie sera ensuite censée fournir les documents mentionnés aux paragraphes précédents afin d'établir l'identité du thon – c'est-à-dire le navire qui l'a capturé et l'expédition au cours de laquelle il a été capturé, et sa certification *Dolphin Safe*. Pour le thon transformé ailleurs qu'aux États-Unis, les autorités compétentes se serviront de la boîte de conserve pour identifier l'importateur, qui devra ensuite fournir les documents pertinents. Dans ces cas, l'importateur lui-même sera responsable de toute inexactitude ou fraude qui aura été détectée.⁵¹⁹ Ainsi, "[c]e sont les systèmes de traçabilité interne mêmes qui permettent aux conserveries de se conformer aux audits dont elles font l'objet qui leur permettent aussi de se conformer aux prescriptions des contrôles par sondage sur le marché de détail".⁵²⁰

7.313. La réponse des États-Unis à la question du Groupe spécial se termine ainsi: "Bien entendu, la NOAA ne vérifie pas la certification *Dolphin Safe* sur chaque boîte de thon importée aux États-Unis. Cependant, les données détaillées conservées par les importateurs et les conserveries, et le fait que les certifications *Dolphin Safe* ont été traduites et fournies en de nombreuses langues par des navires de différentes nationalités, démontrent que les conserveries et les navires de pêche des États-Unis et étrangers qui approvisionnent en produits du thon le marché des États-Unis ont connaissance de la mesure des États-Unis et prennent des dispositions pour s'y conformer".⁵²¹

7.314. Le Mexique a présenté au Groupe spécial des observations détaillées sur la réponse des États-Unis. L'idée maîtresse de ces observations est que "[l]es réponses des États-Unis aux questions n° 43 et 44 sont fallacieuses".⁵²²

7.315. S'agissant des inspections en haute mer et à quai, le Mexique fait valoir que "ces inspections ne permettent pas de détecter s'il y a eu encerclement des dauphins ni si des dauphins ont été tués ou gravement blessés lors d'une opération ou d'un déploiement d'engins". D'après le Mexique, "les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve montrant que tout navire de pêche à l'extérieur de l'ETP dispose d'une procédure lui permettant de repérer le thon d'après la cuve dans laquelle il est stocké". Le Mexique est d'avis que ces failles sont encore aggravées parce que "les États-Unis ne procèdent pas à ces inspections à bord des navires qui ne relèvent pas de leur juridiction".⁵²³

7.316. Pour ce qui est des audits des conserveries, le Mexique est d'avis que "[l]es éléments de preuve des États-Unis concernant les audits des conserveries effectués par le Département du commerce révèlent l'existence de défauts importants dans le système des États-Unis et confirment l'argument du Mexique".⁵²⁴ Le Mexique commence par rappeler que "le Département du commerce n'effectue des audits concernant le respect du statut *Dolphin Safe* que pour les conserveries des États-Unis. Il n'effectue pas d'audits des conserveries étrangères, des installations de mise en longe étrangères, des compagnies de transport étrangères ou des exploitants de navires de pêche étrangers". De plus, le Mexique fait observer que les affirmations des États-Unis concernant la possibilité d'effectuer des audits des importateurs, transbordeurs, transformateurs et distributeurs sont formulées sous l'angle du *pouvoir* du Département du commerce, et il en conclut que "le Département du commerce n'effectue pas d'audits périodiques des importateurs, transbordeurs, transformateurs ou distributeurs".⁵²⁵

⁵¹⁹ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 18 du Groupe spécial, expliquant les diverses "conséquences juridiques" qui découlent d'une importation frauduleuse ou autrement incorrecte.

⁵²⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 246.

⁵²¹ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 248.

⁵²² Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 152.

⁵²³ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 153.

⁵²⁴ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 154.

⁵²⁵ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 155 (italique et souligné dans l'original).

7.317. Le Mexique rejette aussi la fiabilité et la pertinence des pièces des États-Unis concernant les audits des conserveries.

7.318. S'agissant de la fiabilité, le Mexique note qu'en ce qui concerne les quatre pièces, "les États-Unis n'ont fourni aucune explication sur ces documents qui permettrait de vérifier leur source, et de savoir quand et par qui ils ont été établis".⁵²⁶

7.319. Pour ce qui est de la pertinence, le Mexique note tout d'abord que **[[RCC^{527,528,529}]]**.

7.320. **[[RCC^{530,531}]]**

7.321. **[[RCC⁵³²]]**

7.322. **[[RCC^{533,534}]]**

7.323. Pour ce qui est des contrôles par sondage sur le marché de détail, le Mexique fait valoir que le processus décrit par les États-Unis "peut seulement remonter la trace d'une boîte de conserve depuis un magasin de vente au détail des États-Unis jusqu'à une conserverie des États-Unis ou un importateur des États-Unis. Ces contrôles ne peuvent pas fournir plus de renseignements sur la source et le statut *Dolphin Safe* du thon que les audits superficiels des conserveries des États-Unis".⁵³⁵

7.324. Enfin, le Mexique conteste la description que les États-Unis font de la "surveillance exercée par l'industrie". D'après le Mexique:

Le point essentiel est la déclaration suivante des États-Unis: "Il est possible que les conserveries elles-mêmes puissent vérifier et vérifient si les navires ont procédé à la séparation exigée par la mesure des États-Unis et qu'elles puissent refuser d'acheter du thon provenant de navires qui n'ont pas respecté la mesure modifiée". Les États-Unis admettent donc qu'ils ne savent pas si les conserveries procèdent à ces vérifications ou achètent du thon non-*Dolphin Safe*.⁵³⁶

7.325. Le Mexique résume sa réfutation comme suit:

En résumé, les éléments de preuve établissent que le système de repérage et de vérification des États-Unis pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP est sans valeur. Les conserveries des États-Unis peuvent suivre le thon une fois qu'il est arrivé dans leurs installations aux États-Unis, mais elles ne disposent d'aucune méthode pour vérifier que les renseignements qu'elles reçoivent des exportateurs étrangers sont exacts – tant en ce qui concerne la véracité de la déclaration du capitaine que pour ce

⁵²⁶ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 156.

⁵²⁷ Company Traceability Procedure (pièce US-190) (RCC).

⁵²⁸ Cannery Reference Reports for National Marine Fisheries Service Periodic Audit (pièce US-191) (RCC).

⁵²⁹ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 158.

⁵³⁰ Cannery Slides on Tuna Trace Systems (pièce US-189) (RCC).

⁵³¹ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 159.

⁵³² Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 159.

⁵³³ Cannery Traceability Flowchart (pièce US-192) (RCC).

⁵³⁴ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 163.

⁵³⁵ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 164.

⁵³⁶ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 165 (souligné dans l'original; mentions internes omises).

qui est de savoir si une déclaration correspond à une expédition de thon particulière.⁵³⁷

7.326. Par conséquent, d'après le Mexique, même si le thon capturé par des grands navires pêchant dans l'ETP peut être repéré "à partir du moment où il est capturé et stocké dans une cuve d'un navire de pêche", le système appliqué par la mesure modifiée concernant le thon pour le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP "consiste uniquement à contrôler si les conserveries des États-Unis ont les bons documents dans leurs dossiers". De l'avis du Mexique, ces contrôles ne "garantissent nullement aux consommateurs que les labels apposés sur les produits élaborés avec du thon capturé à l'extérieur de l'ETP sont exacts".⁵³⁸

Interprétation par le Groupe spécial de la question du transbordement

7.327. Notre analyse des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification applicables au thon et aux produits du thon est encore compliquée par la pratique complexe dite du "transbordement". Le "transbordement" est défini dans la Convention relative à la conservation et à la gestion des stocks de poissons grands migrateurs dans le Pacifique occidental et central comme étant "le fait de faire passer la totalité ou une partie des poissons qui se trouvent à bord d'un navire de pêche à bord d'un autre navire de pêche, soit en mer, soit au port."⁵³⁹ D'après le Mexique, le principal problème du "transbordement" est qu'il "se prête particulièrement aux opérations de "blanchiment du thon" puisque des "navires au noir" peuvent pratiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (INN) et transférer ensuite leurs prises sur des navires détenteurs de licences pour le transbordement".⁵⁴⁰

7.328. Dans sa première communication écrite, le Mexique a noté qu'il était interdit à certains types de navires, par exemple, les navires équipés de sennes coulissantes opérant dans le Pacifique occidental et central, de se livrer au transbordement, à quelques exceptions près.⁵⁴¹ Le Mexique a également reconnu que "[c]ertains renseignements [étaient] exigés pour décharger les navires et les navires transporteurs, dont une déclaration de transbordement".⁵⁴² Néanmoins, le Mexique affirme qu'"[e]n tout état de cause ... les observateurs ne sont probablement pas en mesure de détecter la pêche INN ni le blanchiment du poisson", et "les renseignements exigés pour les transbordements ne portent pas sur les prescriptions *Dolphin Safe* des États-Unis. Aucune autorité n'est chargée de vérifier si les certifications par les capitaines correspondent à des lots particuliers de thons, ou si les thons ont été mélangés avec des thons non certifiés dans une cuve de stockage".⁵⁴³

7.329. D'après le Mexique, les risques associés au transbordement, y compris le "blanchiment du thon", sont bien plus importants dans les industries de la pêche au thon qui ne sont pas intégrées verticalement – c'est-à-dire celles où les producteurs des produits du thon ne possèdent pas leurs propres flottilles de pêche qui livrent directement le thon à leurs installations de transformation, que dans celles où la "chaîne de propriété du thon capturé ... est maintenue depuis le moment de la pêche jusqu'à la transformation du thon et la commercialisation finale des produits du thon".⁵⁴⁴ De l'avis du Mexique, dans une industrie intégrée verticalement, "la chaîne de propriété du thon capturé ... est maintenue depuis le moment de la pêche jusqu'à la transformation du thon en produits du thon et la commercialisation finale de ces produits". Par conséquent, la probabilité de "blanchiment du thon" s'en trouve considérablement réduite.⁵⁴⁵ Le Mexique explique que, tandis que "les grands producteurs mexicains sont verticalement intégrés", "la plupart des grandes sociétés de produits du thon ne sont pas verticalement intégrées dans les autres pays. Elles achètent le thon à des sociétés tierces et, souvent, le thon est passé par au moins deux

⁵³⁷ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 166.

⁵³⁸ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 167.

⁵³⁹ Voir Mark A. McCoy, *A Survey of Tuna Transshipment in Pacific Island Countries: Opportunities for Improving Benefits and Increasing Monitoring* (Gillet, Preston and Associates, 2012) (pièce MEX-75), page 12.

⁵⁴⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 166.

⁵⁴¹ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 167.

⁵⁴² Première communication écrite du Mexique, paragraphe 168.

⁵⁴³ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 169 et 170.

⁵⁴⁴ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 159.

⁵⁴⁵ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 159.

intermédiaires avant d'être transformé". Cela, d'après le Mexique, accroît la probabilité que les produits du thon de producteurs non mexicains soient élaborés à partir de thon qui ne peut pas être dûment repéré et dont il ne peut donc pas être montré de manière fiable qu'il est *Dolphin Safe*. Dans les cas où plusieurs prises sont regroupées en mer, il est bien plus difficile de s'assurer que les certificats par les capitaines correspondent à des lots de thons particuliers (et qu'ils ne sont pas attribués à tort à du thon non-*Dolphin Safe*) et que le thon *Dolphin Safe* et le thon non-*Dolphin Safe* sont dûment séparés.⁵⁴⁶

7.330. Les allégations du Mexique soulèvent de sérieuses questions quant à la possibilité de repérer effectivement le thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP dans les cas où ce thon est transbordé et non déchargé et transféré directement à une conserverie depuis le navire de pêche. Pour examiner ce point plus en détail, le Groupe spécial a posé aux parties un certain nombre de questions sur le transbordement et ses conséquences possibles.

7.331. Dans la question n° 18 b), le Groupe spécial a demandé aux États-Unis de formuler des observations sur la description que le Mexique avait faite du problème du transbordement et d'indiquer "[q]uels instruments permett[aient] aux États-Unis d'identifier et d'écarter le risque de blanchiment du thon".

7.332. Les États-Unis ont fait une réponse détaillée à cette question. D'après eux, "l'argument du Mexique ne tient aucun compte des prescriptions internationales et nationales interdépendantes qui concernent le transbordement". De fait, d'après les États-Unis, "[l]e transbordement est une des activités les plus réglementées par les ORGP et les États du port".⁵⁴⁷

7.333. S'agissant de la réglementation internationale, les États-Unis font observer que différentes ORGP exigent divers types de déclarations et d'avis préalables de transbordement. Dans le cadre de la Commission des pêches pour le Pacifique occidental et central (WCPFC), par exemple, tous les cas de transbordement au port doivent être enregistrés au moyen d'une "déclaration de transbordement" qui doit contenir des renseignements comme l'indication de l'espèce de poisson transbordée, les navires transporteurs, la quantité et l'état (à savoir congelé ou frais) du poisson devant être transbordé, la date et le lieu du transbordement, et la quantité du produit déjà à bord du navire receveur.⁵⁴⁸ Dans le cadre de la Commission des thons de l'océan Indien (CTOI), une notification préalable de l'intention de procéder à un transbordement au port doit être envoyée aux autorités pertinentes des États du port avec tout transbordement. Cette notification doit inclure des renseignements sur le navire de pêche et le navire transporteur, le tonnage du produit, les zones de pêche principales des prises, et la date et le lieu du transbordement envisagé.⁵⁴⁹

7.334. Les États-Unis expliquent que, en plus de ces prescriptions conventionnelles, les États du port où a lieu le transbordement imposent d'autres prescriptions pour protéger l'intégrité du processus. À la WCPFC, par exemple, le transbordement peut être effectué à l'un des cinq ports désignés et "les procédures de dédouanement des navires de pêche et navires transporteurs qui arrivent au port sont uniformes dans" tous les ports. Les États-Unis expliquent le processus comme suit:

Une équipe d'arraisonnement formée de représentants des agences gouvernementales pertinentes monte à bord des navires, contrôle les documents du navire, procède à des inspections douanières et recueille les documents concernant le transbordement, y compris le plan de la cuve montrant l'arrimage des poissons, le journal de bord indiquant les ports où le navire a fait escale et un document d'information générale sur le navire et les prises. Lorsque le navire a reçu l'autorisation nécessaire, le transbordement peut commencer sous la supervision du département des pêches du gouvernement concerné et, périodiquement, d'autres organismes chargés de la

⁵⁴⁶ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 170.

⁵⁴⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 103.

⁵⁴⁸ Western and Central Pacific Fisheries Commission, "Conservation and Management Measure on the Regulation of Transshipment" (CMM 2009-06, 7-11 décembre 2009) (pièce US-152); voir aussi la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 103.

⁵⁴⁹ Indian Ocean Tuna Commission, "Resolution 12/05 Establishing a Programme for Transshipment by Large-Scale Fishing Vessels (2012)" (pièce US-138); voir aussi la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 104.

surveillance ou de l'application des lois. Les autorités gouvernementales recueillent les documents requis et surveillent la totalité ou une partie du transbordement, qui a lieu pendant plusieurs jours à raison de 12 à 14 heures par jour.⁵⁵⁰

7.335. En ce qui concerne le transbordement en mer, les États-Unis font observer qu'il "fait l'objet d'une réglementation encore plus rigoureuse que le transbordement au port". Le transbordement en mer est interdit pour les navires équipés de sennes coulissantes et il est permis pour les grands palangriers uniquement si ces navires ont reçu l'autorisation du pays dont ils battent le pavillon. Dans le cadre des régimes de la WCPFC et de la CTOI, le transbordement en mer doit avoir lieu en présence d'un observateur, qui est chargé de confirmer que les quantités du poisson transféré concordent avec la déclaration de transbordement, le(s) livre(s) de bord pertinent(s) et les autres renseignements disponibles.⁵⁵¹ Les navires participant au transbordement sont aussi tenus de présenter une déclaration immédiatement après le transbordement à leur État de pavillon et à l'organisation internationale de gestion de la pêche pertinente.⁵⁵²

7.336. Les États-Unis font aussi valoir que, en plus de l'importante réglementation nationale et internationale du transbordement, les navires de pêche et les navires transporteurs sont eux-mêmes fortement incités sur le plan économique à dûment surveiller les transbordements et à s'assurer que tout le thon transbordé peut être correctement suivi. D'après les États-Unis, "[l]es conserveries peuvent rejeter le thon pour divers motifs (par exemple, le poisson est avarié, abîmé ou de petite taille). Par conséquent, tout courtier en thon ou navire transporteur est incité à suivre la pêche de chaque navire, y compris pendant le transbordement, pour s'assurer que la conserverie n'aura pas à payer du poisson qu'elle ne pourra pas utiliser".⁵⁵³ De plus, selon les États-Unis, les États du port sont incités sur le plan économique à surveiller attentivement le transbordement qui a lieu dans leurs eaux territoriales parce que "le montant des droits est souvent calculé sur la base du volume de poisson transbordé, ce qui les incite (même en faisant abstraction de l'obligation de se conformer à la réglementation des ORGP) à surveiller les transbordements au port".⁵⁵⁴

7.337. Enfin, les États-Unis rejettent aussi l'argument du Mexique selon lequel les risques de blanchiment du thon existent uniquement dans les branches de production du thon qui ne sont pas verticalement intégrées. À leur avis, "l'argumentation du Mexique ne contient aucun élément pour étayer l'hypothèse qu'une conserverie verticalement intégrée serait moins susceptible de se livrer au blanchiment du thon qu'une conserverie appartenant à un propriétaire indépendant. La structure de la propriété n'intervient pas dans la motivation à agir d'une manière incompatible avec les prescriptions nationales ou internationales".⁵⁵⁵

7.338. Compte tenu de tous ces éléments, les États-Unis demandent instamment au Groupe spécial de constater qu'il n'existe "aucun élément de preuve permettant de croire que le blanchiment [du thon] ... se fait à grande échelle d'une manière qui a des incidences sur le marché des produits du thon des États-Unis".⁵⁵⁶

7.339. Le Mexique a formulé de nombreuses observations sur la réponse des États-Unis à cette question.

7.340. Le Mexique commence par rappeler que le problème de la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (INN), est réel et sérieux et, de fait, a même été reconnu par le Président Obama qui, dans un mémorandum publié en 2014, a indiqué, entre autres choses, que "la pêche INN continu[ait] de nuire à la viabilité économique et environnementale des pêcheries et des stocks de poissons" et qu'"au niveau mondial, les pertes attribuables au marché noir de la pêche INN [étaient] estimées entre 10 et 23 milliards de dollars [EU] chaque année, ce qui diminu[ait] la rentabilité de la pêche licite des produits de la mer, aliment[ait] les opérations de trafic illicite et

⁵⁵⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 105 (mentions internes omises).

⁵⁵¹ Réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 106.

⁵⁵² Réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 106.

⁵⁵³ Réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 108.

⁵⁵⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 107.

⁵⁵⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 109.

⁵⁵⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 110.

rédui[sait] les débouchés économiques des pêcheurs légitimes".⁵⁵⁷ Le Mexique relève que "[l]es États-Unis ont évité de répondre sur ce point".⁵⁵⁸

7.341. Le Mexique conteste aussi l'utilisation que les États-Unis ont faite de la pièce MEX-75 dans leur réponse à la question du Groupe spécial. D'après lui, les États-Unis ont cité ce document d'une manière sélective et, en particulier, ils ont fait abstraction de la principale conclusion du rapport, à savoir:

Le cadre juridique de la réglementation du transbordement est en constante évolution ... Si, comme certains le croient, la présentation de rapports détaillés sur le transbordement en haute mer depuis des palangriers par les États de pavillon n'est pas satisfaisante et que la surveillance par des observateurs ne permet pas d'avoir vraiment une meilleure idée des prises dans la pêche, des efforts seront probablement faits pour interdire le transbordement en haute mer depuis des palangriers et exiger que tout transbordement ait lieu dans [des zones économiques exclusives] ou au port.⁵⁵⁹

7.342. Le Mexique soutient ensuite qu'il y a "des raisons de contester l'allégation des États-Unis selon laquelle les transbordements sont soumis à une surveillance exhaustive".⁵⁶⁰ Par exemple, dans un rapport de 2014, la CTOI indique qu'en 2013, plus de 26% des transbordements en haute mer n'ont pas fait l'objet d'une surveillance par un observateur.⁵⁶¹ En outre, le Mexique donne à entendre que, même lorsque des observateurs sont présents, leur surveillance peut avoir une portée très limitée. Ainsi, dans un rapport de 2013 de la CTOI, il était indiqué ce qui suit:

[H]ormis le demander directement au capitaine de pêche, il n'existe apparemment pas d'autre moyen de déterminer si des transferts ont eu lieu, étant donné qu'un examen détaillé des journaux de bord n'est pas possible dans le délai accordé. Cela nécessiterait une analyse plus détaillée des données en vue de déterminer le taux de prises moyen des navires, la fréquence des transbordements des navires, et le volume transbordé à chaque fois.⁵⁶²

7.343. De l'avis du Mexique, la fiabilité de la surveillance des transbordements par des observateurs est en outre entamée par le fait qu'en 2013, de nombreuses différences ont été signalées entre les renseignements fournis par les observateurs et les renseignements obtenus lors de vérifications ultérieures⁵⁶³, ainsi et par le fait que les procédures de surveillance applicables à certaines espèces de thons paraissent être moins rigoureuses que celles qui concernent d'autres espèces.⁵⁶⁴

7.344. Enfin, et surtout, le Mexique fait valoir ce qui suit:

[L]es éléments de preuve présentés à la fois par les États-Unis et le Mexique confirment que, même lorsque les transbordements font l'objet d'une surveillance adéquate, les observateurs n'ont pas pour fonction d'enregistrer le thon *Dolphin Safe*

⁵⁵⁷ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 79. Voir aussi la deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 62.

⁵⁵⁸ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 79.

⁵⁵⁹ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 81 (citant Mark A. McCoy, *A Survey of Tuna Transshipment in Pacific Island Countries: Opportunities for Improving Benefits and Increasing Monitoring* (Gillet, Preston and Associates, 2012) (pièce MEX-75), page 60).

⁵⁶⁰ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 82.

⁵⁶¹ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 82 (mentionnant Indian Ocean Tuna Commission, "A Summary of the IOTC Regional Observer Programme During 2013" (IOTC-2014-CoC11-04bE, mars 2014) (pièce MEX-139), page 8).

⁵⁶² Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 83 (mentionnant Indian Ocean Tuna Commission, "Summary of Regional Observer Programme During 2012" (mars 2013) (pièce US-137, page 10).

⁵⁶³ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 84.

⁵⁶⁴ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 85.

et le thon non-*Dolphin Safe*, et il n'existe aucune procédure prévoyant que les transporteurs archivent les documents indiquant de quelle cuve d'un navire de pêche le thon a été transféré. Les thons de n'importe quelle espèce particulière sont fongibles et peuvent être mélangés pendant l'entreposage et l'expédition ... [de sorte que] pour les produits élaborés avec du thon capturé à l'extérieur de l'ETP, il n'y a aucun moyen de vérifier ou de valider que le certificat d'un capitaine correspond effectivement au thon auquel il a été associé.⁵⁶⁵

7.345. Afin de nous aider à mieux comprendre comment les certifications *Dolphin Safe* sont conservées avec des lots particuliers de thons durant le transbordement, nous avons demandé aux parties d'expliquer si "les certifications *Dolphin Safe* suiv[aient] ou accompagn[aient] toujours les prises de thon qu'elles décriv[aient]" ou si ces certifications étaient ou pouvaient être "attribuées ultérieurement (c'est-à-dire quelque temps après la capture) à d'autres lots de thons qui n'[avaient] peut-être pas été pêchés d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*".⁵⁶⁶

7.346. Le Mexique a dit qu'il n'avait pas connaissance de cas spécifiques où des certifications *Dolphin Safe* avaient été vendues pour accompagner un lot de thons non-*Dolphin Safe*, mais que "le système des États-Unis permet[tait] d'attribuer des certifications à des lots de thons qui n'[avaient] peut-être pas été capturés d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*".⁵⁶⁷ En particulier, il fait valoir que "du fait du manque de fiabilité des ... procédures de repérage et de vérification, il est facile d'attribuer le certificat d'un capitaine à n'importe quelle expédition de produits du thon".⁵⁶⁸

7.347. À l'appui de ces allégations, le Mexique cite un article paru en 2014 dans le *Journal of Marine Policy* selon lequel "[l]es prises illicites et non déclarées avaient représenté 20 à 32% des prises sauvages de produits de la mer importés aux États-Unis en 2011, selon de solides estimations, tenant compte d'une marge d'incertitude, sur les activités de pêche illicites et non déclarées". D'après cette étude, "les produits de la pêche illicite sont souvent mélangés dans les chaînes d'approvisionnement au stade de la transformation"; et, ce qui est crucial:

La pêche au thon illicite dans l'océan Indien et l'océan Pacifique est facilitée par l'absence de traçabilité des produits de la mer lorsque les prises sont regroupées durant le transbordement en mer. En particulier, dans le cas du marché du thon congelé, les transbordements et les réapprovisionnements ont tendance à avoir lieu en mer. La vigueur de la demande pour le thon encourage les courtiers à regrouper les approvisionnements de différentes origines pour répondre aux commandes. Comme il n'y a guère de transparence en mer, même les produits dont l'emballage indique la traçabilité pourraient fort bien provenir d'expéditions mélangées ... Les activités illicites des petits et moyens palangriers, et la falsification des documents concernant le thon sont aussi source de préoccupations.⁵⁶⁹

7.348. L'étude indique que, en ce qui concerne:

la chaîne d'approvisionnement très internationalisée des produits de la mer qui alimente les États-Unis et d'autres grands marchés d'importation ... il existe un manque de surveillance, de transparence et de responsabilisation quant aux sources des produits de la mer. Il n'y a aucune procédure de traçabilité pour aider les sociétés à éviter de distribuer des produits du braconnage et les produits de la pêche illicite s'introduisent dans la chaîne d'approvisionnement à de nombreux points.⁵⁷⁰

7.349. Il y est aussi précisé ce qui suit:

⁵⁶⁵ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 18 b) du Groupe spécial, paragraphe 87.

⁵⁶⁶ Question n° 42 du Groupe spécial.

⁵⁶⁷ Réponse du Mexique à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 120.

⁵⁶⁸ Réponse du Mexique à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 121.

⁵⁶⁹ Ganapathiraju Pramod *et al.*, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA", 48 *Marine Policy* 102 (2014) (pièce MEX-131), page 110.

⁵⁷⁰ Ganapathiraju Pramod *et al.*, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA", 48 *Marine Policy* 102 (2014) (pièce MEX-131), page 106.

[U]ne quantité importante de poisson est importée aux États-Unis après avoir d'abord transité par un ou plusieurs pays intermédiaires à des fins de transformation et de réexportation ultérieure. Ces étapes additionnelles posent d'autres difficultés en matière de traçabilité et permettent le regroupement du poisson d'origine licite et illicite, le poisson illicite pouvant être en substance "blanchi" dans les pays où il est transformé puis ensuite introduits dans les circuits du commerce international comme un produit licite de la nation exportatrice.⁵⁷¹

7.350. Dans leur propre réponse à cette question, les États-Unis font valoir que le Mexique n'a fourni aucun élément de preuve montrant que du thon et des produits du thon qui entrent sur leur marché proviennent du "blanchiment du thon".⁵⁷² En particulier, ils affirment qu'"[i]l n'existe pas de marché – licite ou autre – pour les certifications *Dolphin Safe*. Les certifications *Dolphin Safe* ne sont ni cessibles ni transférables. Les labels sont spécifiquement associés au thon particulier qui a été capturé. Les États-Unis n'ont aucune raison de croire qu'il existe un marché noir pour ces certifications".⁵⁷³ Ainsi, d'après les États-Unis, "les documents attestant que le thon est *Dolphin Safe* ou non restent avec le thon". Les conserveries enregistrent ces documents et, comme il est expliqué plus haut, "utilisent des systèmes globaux de repérage ... qui permettent de récupérer rapidement tous les renseignements se rapportant à [un] lot particulier de poissons ... en cas d'audit de la NMFS".⁵⁷⁴

7.351. Les États-Unis ont développé cette question dans leurs observations sur la réponse du Mexique. Ils estiment que "le problème mondial de la pêche illicite, non déclarée et non réglementée" n'est pas "pertinent" pour le présent différend.⁵⁷⁵ De plus, en ce qui concerne l'article de journal cité par le Mexique, ils expliquent que "[b]ien que ... la pêche INN soit un problème mondial ... les États-Unis ne sont pas d'accord avec les statistiques mises en avant par l'étude, qui se fondent sur des données discutables non vérifiables".⁵⁷⁶

Évaluation juridique

7.352. Nous commençons par reconnaître la nature complexe et contestée des faits portés à notre connaissance. La structure et le fonctionnement de la branche de production internationale du thon se caractérisent par toute une collection de régimes réglementaires nationaux et internationaux qui se recoupent, ainsi que par des pratiques plus ou moins uniformes dans l'ensemble des navires, océans, et eaux nationales et internationales. Comme l'indique une étude évaluée par les pairs que le Mexique a présentée:

la chaîne d'approvisionnement très internationalisée des produits de la mer qui alimente les États-Unis et d'autres grands marchés d'importation est, de toutes les chaînes concernant des produits de base naturels, l'une des plus complexes et opaques. Elle fait intervenir de nombreux acteurs du pêcheur au consommateur, y compris des courtiers, des négociants, des grossistes et autres intermédiaires, qui sont souvent loin des marchés de consommation qu'ils approvisionnent.⁵⁷⁷

7.353. Notre tâche consiste à déterminer, à la lumière de toutes les questions factuelles examinées plus haut, si les systèmes de repérage et de vérification appliqués par la mesure modifiée concernant le thon dans différentes pêcheries modifient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains.

7.354. De l'avis du Groupe spécial, les éléments de preuve présentés par le Mexique semblent indiquer qu'il existe trois différences essentielles entre le système de repérage et de vérification

⁵⁷¹ Ganapathiraju Pramod *et al.*, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA", 48 *Marine Policy* 102 (2014) (pièce MEX-131), pages 106 et 107.

⁵⁷² Observations des États-Unis sur la réponse du Mexique à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 99; réponse des États-Unis à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 227.

⁵⁷³ Réponse des États-Unis à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 227.

⁵⁷⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 228.

⁵⁷⁵ Observations des États-Unis sur la réponse du Mexique à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 99.

⁵⁷⁶ Observations des États-Unis sur la réponse du Mexique à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 103.

⁵⁷⁷ Ganapathiraju Pramod *et al.*, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA", 48 *Marine Policy* 102 (2014) (pièce MEX-131), page 106.

qui s'applique pour le thon capturé par les grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et celui qui s'applique pour les autres thons. D'après ce que le Groupe spécial croit comprendre, il peut être dit que ces différences se rapportent de façon générale à la portée, à l'exactitude et au degré de *surveillance par les pouvoirs publics* des systèmes de repérage et de vérification.

7.355. Par *portée*, nous entendons le point jusqu'auquel il est possible de remonter la trace du thon. Le Mexique a montré que, dans le cas du thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, il était possible, en vertu des prescriptions concernant l'enregistrement des données prévues dans l'AIDCP et incorporées dans la mesure modifiée concernant le thon, de remonter jusqu'à l'*opération particulière* lors de laquelle le thon a été capturé et à la *cuve particulière où il a été entreposé*.⁵⁷⁸

7.356. En revanche, sur la base des éléments de preuve que les États-Unis nous ont présentés, il apparaît qu'à l'extérieur de l'ETP, il peut être remonté jusqu'au *navire* qui a capturé le thon et à l'expédition au cours de laquelle le thon a été capturé.⁵⁷⁹ Par exemple, **[[RCC⁵⁸⁰]]**.

7.357. **[[RCC]]**

7.358. **[[RCC^{581,582}]]**

7.359. **[[RCC]]**

7.360. Par *exactitude*, nous entendons le degré de confiance dans le fait que la déclaration particulière d'un capitaine (ou, le cas échéant, d'un observateur) décrit correctement le lot de thons auquel elle correspond. Les éléments de preuve présentés par le Mexique semblent indiquer que les formulaires de repérage exigés pour le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP accompagnent des prises de thon particulières tout au long du processus de pêche et de production, depuis le point de capture jusqu'au point de vente au détail.⁵⁸³ Le formulaire doit accompagner un lot particulier de thons à chaque stade de la production et, par conséquent, l'identité d'un lot particulier de thons peut toujours, en principe, être établie.

7.361. En revanche, c'est un élément crucial, **[[RCC]]**. Le Groupe spécial ne voit pas très bien comment des certificats particuliers sont conservés avec des lots particuliers de thons jusqu'à ce que le thon arrive à la conserverie. Les États-Unis affirment que "[l]es documents attestant que le thon est *Dolphin Safe* ou non restent avec le thon"⁵⁸⁴, mais il n'a été présenté au Groupe spécial aucun élément de preuve indiquant la façon dont cela est assuré dans la pratique. À un moment donné dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial, il apparaît que les États-Unis laissent entendre que les conserveries pourraient ou devraient avoir "enregistré de façon adéquate les données liant des certifications par les capitaines à des lots de thons en conserve"⁵⁸⁵, mais la nature de cet enregistrement des données, ou le point de savoir si les conserveries mettent effectivement en œuvre des systèmes qui sont suffisants, ne ressort pas clairement des explications des États-Unis. Ces derniers ont dit qu'"il [était] possible que les conserveries ...

⁵⁷⁸ Voir l'AIDCP, "Resolution to Adopt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna" (20 juin 2001) (pièce MEX-36).

⁵⁷⁹ Nous notons à nouveau que les États-Unis ont déclaré que, dans certains cas, le code de la boîte de conserve peut aussi permettre aux autorités de remonter jusqu'à la déclaration du capitaine qui y est associée. Comme nous l'avons expliqué plus haut, selon le Groupe spécial, les éléments de preuve invoqués par les États-Unis à l'appui de cet argument sont ambigus. En particulier, le Groupe spécial est déconcerté par le fait que **[[RCC]]**. Par conséquent, il s'abstient de constater que les éléments de preuve dont il dispose établissent que les codes des boîtes de conserve permettent aux autorités des États-Unis de remonter jusqu'à la déclaration du capitaine associée au thon contenu dans un produit vendu au détail.

⁵⁸⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 241.

⁵⁸¹ Réponse des États-Unis à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 228.

⁵⁸² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140.

⁵⁸³ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 80 à 93; AIDCP, "Resolution to Adopt the Modified System for Tracking and Verification of Tuna" (20 juin 2001) (pièce MEX-36); Norma Oficial Mexicana NOM-001-SAG/PESC-2013 (pièce MEX-32); Statement of Mario G. Aguilar, Commissioner of Fisheries and Aquaculture (CONAPESCA) (pièce MEX-37); Déclaration de la branche de production mexicaine (pièce MEX-73).

⁵⁸⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphe 228.

⁵⁸⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 244.

puissent vérifier et vérifient si les navires [avaient] procédé à la séparation exigée par la mesure des États-Unis et elles pourraient refuser d'acheter du thon provenant de navires qui n'[avaient] pas respecté la mesure modifiée"⁵⁸⁶; mais à en juger par l'utilisation des mots "pourraient" et "puissent", il apparaît que ce sont des conjectures, et les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve montrant que les conserveries s'assurent effectivement que le thon qu'elles reçoivent correspond à une déclaration particulière d'un capitaine.

7.362. De l'avis du Groupe spécial, il est d'autant plus difficile de s'assurer qu'une certification particulière correspond à un lot de thons identifié que dans bon nombre de cas, il apparaît que le thon transite par plusieurs parties avant d'arriver dans une conserverie des États-Unis. **[[RCC]]**. De plus, comme il est indiqué plus haut, selon une récente étude publiée dans le *Journal of Marine Policy*, "une quantité importante de poissons est importée aux États-Unis après avoir d'abord transité par un ou plusieurs pays intermédiaires à des fins de transformation et de réexportation ultérieure".⁵⁸⁷ Les États-Unis n'ont produit aucun élément de preuve expliquant de quelle manière les conserveries pouvaient s'assurer que les certifications par les capitaines restaient avec les lots de thons qu'elles identifiaient tout au long de ce processus.

7.363. En outre, il n'apparaît pas que la mesure modifiée concernant le thon renferme une *prescription juridique* additionnelle ou explicite voulant que les conserveries des États-Unis s'assurent ou soient autrement convaincues, au moment où elles reçoivent un lot de thons, de la validité d'un certificat *Dolphin Safe* ou que ce certificat décrit bien le lot de thons auquel il est associé. L'article 216.93 g) 1) du Titre 50 du *Code of Federal Regulations* prescrit aux conserveries d'"archiver les documents", mais il n'apparaît pas y avoir de prescription juridique exigeant des conserveries qu'elles vérifient l'exactitude des documents ou s'assurent que les documents décrivent bien correctement les lots particuliers de thons sur lesquels ils portent.

7.364. Enfin, par *surveillance par les pouvoirs publics*, nous entendons le degré d'implication d'une autorité nationale, régionale ou internationale dans le processus de repérage et de vérification. Les éléments de preuve présentés par le Mexique montrent que, en ce qui concerne le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, les renseignements portant sur chaque étape du processus de capture et de mise en conserve du thon sont mis à la disposition des autorités nationales et régionales, auxquelles il faut envoyer des copies des formulaires de repérage du thon, de sorte qu'elles peuvent vérifier à n'importe quelle étape du processus si un lot particulier de thons est *Dolphin Safe*. Diverses autorités nationales et régionales doivent aussi être notifiées chaque fois que la propriété du thon change.

7.365. Toutefois, pour ce qui est du thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, les autorités des États-Unis ne reçoivent des renseignements sur l'origine et l'historique du thon que des conserveries de thon des États-Unis elles-mêmes, qui sont tenues de présenter des rapports mensuels⁵⁸⁸, et lorsqu'elles (les autorités) procèdent à un audit ou à un contrôle par sondage; et même alors, il semble qu'elles peuvent seulement vérifier que des mécanismes de repérage appropriés ont été mis en œuvre à partir du moment où la conserverie a reçu le thon.⁵⁸⁹ Il apparaît donc que les États-Unis doivent compter sur les conserveries pour obtenir des renseignements sur les déplacements du thon avant son arrivée à la conserverie, et qu'ils ne peuvent pas aller "au-delà des documents", si l'on peut dire, pour vérifier qu'une certification *Dolphin Safe* particulière décrit le lot de thons auquel elle est associée. Les autorités des États-Unis ne sont, semble-t-il, pas en mesure de s'assurer qu'ils reçoivent les renseignements qui leur seraient nécessaires pour suivre les déplacements et le statut *Dolphin Safe* du thon depuis le moment de sa capture jusqu'à sa livraison à une conserverie des États-Unis.

7.366. De même, lorsque les produits du thon sont importés d'une conserverie autre que celles des États-Unis, il apparaît que les États-Unis comptent sur leurs importateurs nationaux de produits du thon pour obtenir des renseignements sur les déplacements du thon avant son arrivée

⁵⁸⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 234.

⁵⁸⁷ Ganapathiraju Pramod *et al.*, "Estimates of Illegal and Unreported Fish in Seafood Imports to the USA", 48 *Marine Policy* 102 (2014) (pièce MEX-131), pages 106 et 107.

⁵⁸⁸ Dolphin Safe Tuna Labelling Regulations, 50 C.F.R § 216.93 d) (pièce US-2).

⁵⁸⁹ Service national des pêcheries maritimes, "TTVP Verification Components" (20 mars 2014) (pièce US-222) ("examen des documents et archives concernant les mouvements internes d'expéditions spécifiques depuis la réception dans les installations de stockage frigorifique jusqu'à la production et à la fabrication de produits finis dans une conserverie des États-Unis").

à un port des États-Unis. Comme dans le cas des conserveries des États-Unis, il apparaît que les États-Unis ne sont pas en mesure de suivre directement les déplacements et le statut *Dolphin Safe* du thon depuis le moment de sa capture jusqu'à sa livraison à une conserverie autre que celles des États-Unis et son expédition ultérieure aux États-Unis, mais qu'ils doivent s'appuyer sur la documentation fournie par l'importateur.

7.367. La question de la surveillance et du contrôle par les pouvoirs publics est en fait plus vaste qu'il n'est indiqué aux paragraphes précédents et touche à la conception même des différents systèmes de repérage et de vérification. D'après ce que nous croyons comprendre, chaque étape du processus de capture et de mise en conserve du thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP est soumise à prescriptions et peut faire l'objet d'un contrôle par des organismes nationaux et régionaux. En revanche, en ce qui concerne le thon capturé dans toutes les autres pêcheries, il apparaît que les États-Unis ont, en quelque sorte, délégué l'élaboration des systèmes de repérage et de vérification à la branche de production du thon elle-même, y compris les conserveries et les importateurs, et ont décidé de s'impliquer uniquement au niveau de la surveillance et sur une base ponctuelle en examinant les rapports mensuels et en procédant à des audits et à des contrôles par sondage.

7.368. De l'avis du Groupe spécial, il n'y a rien de foncièrement problématique, du point de vue du droit de l'OMC, à ce que des pouvoirs publics délèguent des fonctions à des entités privées, y compris une branche de production. Cependant, la délégation (à la branche de production ou à d'autres entités) ne doit pas avoir pour résultat de modifier les conditions de concurrence au détriment des produits importés, et cette délégation doit apporter certitude et sécurité juridique. Dans la présente affaire, bien que nous ne reprochions pas aux États-Unis de laisser à la branche de production du thon le soin d'élaborer les systèmes de repérage et de vérification nécessaires pour assurer le respect de la mesure modifiée concernant le thon, il nous apparaît que, ce faisant, les États-Unis ont créé une situation dans laquelle, comme le Mexique l'allègue, le système en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est moins astreignant que le système à l'intérieur de cette pêcherie et, par conséquent, modifie les conditions de concurrence au détriment du Mexique. En particulier, nous estimons relativement fondé l'argument du Mexique selon lequel le système en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP peut contribuer à un étiquetage inexact du thon capturé lors d'opérations ou d'autres déploiements d'engins au cours desquels des dauphins ont été tués ou gravement blessés. D'après ce que nous croyons comprendre, les États-Unis comptent essentiellement sur les conserveries elles-mêmes et d'autres importateurs pour s'assurer que les prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon, y compris celle qui veut que le thon *Dolphin Safe* et le thon non-*Dolphin Safe* soient séparés, sont dûment observées depuis le moment de la capture jusqu'à la livraison à la conserverie. Cependant, comme il est expliqué plus haut⁵⁹⁰, nous n'avons reçu aucun élément de preuve indiquant que les conserveries et d'autres importateurs remplissaient bien cette tâche, et tel que nous comprenons la mesure, les conserveries et les autres importateurs ne sont pas *juridiquement tenues* de procéder à ces vérifications.

7.369. Le résultat de cette architecture systémique est que, même si chaque étape du processus de capture et de mise en conserve du thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP fait l'objet d'un certain type de surveillance par les pouvoirs publics (y compris aux niveaux régional et international), il apparaît qu'il y a, comme le Mexique l'a démontré, "d'importantes lacunes dans le champ"⁵⁹¹ du système applicable au thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. L'existence de ces lacunes donne fortement à penser au Groupe spécial que le système de repérage et de vérification imposé aux pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est considérablement moins astreignant que celui qui est imposé à la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.

7.370. De l'avis du Groupe spécial, ces trois différences montrent que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence. Elles montrent clairement que le système imposé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est considérablement moins astreignant que le système imposé à

⁵⁹⁰ Voir plus haut le paragraphe 7.363.

⁵⁹¹ Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 172.

l'intérieur de cette pêcherie. En particulier, le fait qu'à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP il doit être possible de remonter seulement jusqu'au navire qui a capturé le thon et à l'expédition au cours de laquelle le thon a été capturé, et non à la cuve particulière où il a été entreposé, **[[RCC⁵⁹²]]** nous porte à croire qu'il est moins difficile de se conformer au système existant à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP qu'au système imposé dans cette pêcherie.

7.371. De l'avis du Groupe spécial, le fait que les États-Unis effectuent des inspections en haute mer, à quai et dans les conserveries des États-Unis n'est pas suffisant pour réfuter la démonstration du Mexique établissant que les prescriptions concernant le repérage et la vérification imposées pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP sont moins astreignantes que celles qui sont imposées pour le thon capturé à l'intérieur de cette pêcherie.

7.372. Nous estimons aussi relativement fondé l'argument du Mexique selon lequel les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification peuvent augmenter la probabilité que le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP puisse être étiqueté de façon incorrecte. Toutefois, en dernier lieu, pour rendre une conclusion définitive quant au point de savoir si le système à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP permet réellement un étiquetage incorrect, le Groupe spécial devrait effectuer une analyse technique détaillée du fonctionnement effectif du système. De l'avis du Groupe spécial, cette analyse n'est pas nécessaire pour conclure que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains. Le fait que le système en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est moins lourd que celui qui existe à l'intérieur de cette pêcherie est un motif suffisant pour constater que cet aspect de la mesure modifiée concernant le thon a un effet préjudiciable.

7.373. Nous passons maintenant à la question du transbordement parce que les parties ont présenté une argumentation très détaillée sur cette pratique. Le Groupe spécial admet que, comme les États-Unis et le Mexique le font valoir, le transbordement est une pratique très réglementée.

7.374. Par exemple, la mesure de conservation et de gestion sur la réglementation du transbordement⁵⁹³, qui paraît établir le système de transbordement pour la WCPFC, ne fait aucune mention du statut *Dolphin Safe* du thon qui est transbordé. Dans son annexe I, elle indique que les éléments énumérés ci-après doivent figurer dans toutes les déclarations de transbordement:

1. identificateur unique de documents;
2. nom du navire de pêche et son WIN (numéro d'identification de la WCPFC);
3. nom du navire transporteur et son WIN;
4. engins de pêche utilisés pour capturer le poisson;
5. quantité de produits (y compris les espèces et le stade de transformation) à transborder;
6. l'état du poisson (frais ou congelé);
7. la quantité de sous-produits à transborder;
8. l'emplacement géographique des prises de poissons grands migrants;
9. la date et le lieu du transbordement;

⁵⁹² Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 141; Cannery Slides on Tuna Trace Systems (pièce US-189), pages 1 et 2 (RCC).

⁵⁹³ Western and Central Pacific Fisheries Commission, "Conservation and Management Measure on the Regulation of Transshipment" (CMM 2009-06, 7-11 décembre 2009) (pièce US-152).

10. s'il y a lieu, le nom et la signature de l'observateur de la WCPFC;
11. la quantité de produit déjà à bord du navire receveur et l'origine géographique de ce produit.

7.375. Dans son annexe II, la mesure indique que les éléments énumérés ci-après doivent être déclarés chaque année par les parties contractante:

1. les quantités totales, en poids, des stocks de poissons grands migrateurs visés par cette mesure qui ont été transbordées par les navires de pêche qui doivent faire l'objet de notifications par les membres, non-membres coopérants et territoires participants (CCM), ces quantités étant ventilées comme suit:

- a. déchargées et reçues;
- b. transbordées au port, transbordées en mer dans les zones de juridiction nationale et transbordées en dehors des zones de juridiction nationale;
- c. transbordées à l'intérieur de la zone visée par la Convention et transbordées à l'extérieur de la zone visée par la Convention;
- d. capturées à l'intérieur de la zone visée par la Convention et capturées à l'extérieur de la zone visée par la Convention;
- e. espèces;
- f. forme du produit; et
- g. engins de pêche utilisés.

2. le nombre de transbordements portant sur des stocks de poissons grands migrateurs visés par cette mesure effectués par des navires de pêche qui doivent faire l'objet de notifications, ces données étant ventilées comme suit:

- a. déchargés et reçus;
- b. transbordés au port, transbordés en mer dans les zones de juridiction nationale et transbordés en dehors des zones de juridiction nationale;
- c. transbordés à l'intérieur de la zone visée par la Convention et transbordés à l'extérieur de la zone visée par la Convention;
- d. capturés à l'intérieur de la zone visée par la Convention et capturés à l'extérieur de la zone visée par la Convention; et
- e. engins de pêche.

7.376. À notre avis, aucun de ces renseignements n'est pertinent pour la question de savoir si le thon est *Dolphin Safe* ou si le thon identifié comme *Dolphin Safe* est conservé séparément du thon qui n'est pas *Dolphin Safe*. Comme on pouvait s'y attendre compte tenu de ces instructions, il n'apparaît pas que la déclaration de transbordement de la WCPFC⁵⁹⁴ fasse référence au statut *Dolphin Safe* du thon qui est transbordé. Il n'apparaît pas non plus qu'elle permette de suivre le contenu de cuves spécifiques lorsqu'il passe du navire de pêche au navire transporteur.

⁵⁹⁴ Western and Central Pacific Fisheries Commission, "WCPFC Transshipment Declaration" (pièce US-157).

7.377. Il en est de même pour la Résolution 12/05 de la CTOI établissant un programme pour les transbordements des grands navires de pêche.⁵⁹⁵ La section 4 comprend une sous-section intitulée "Obligations de notification", qui dispose ce qui suit:

Navire de pêche

12. Afin de recevoir l'autorisation préalable mentionnée au paragraphe 11 ci-dessus, le capitaine et/ou l'armateur du LSTLV doit notifier les informations suivantes aux autorités de son État du pavillon au moins 24 heures avant le transbordement prévu:

- a) nom du LSTLV et son numéro dans le registre CTOI des navires;
- b) nom du navire transporteur et son numéro dans le registre CTOI des navires transporteurs autorisés à recevoir des transbordements en mer dans la zone de compétence de la CTOI, et produit devant être transbordé;
- c) tonnage par produit devant être transbordé;
- d) date et lieu du transbordement;
- e) emplacement géographique des prises.

...

Navire transporteur receveur

14. Avant de commencer un transbordement, le capitaine du navire transporteur receveur devra confirmer que le LSTLV concerné participe au Programme CTOI de surveillance des transbordements en mer (ce qui inclut le paiement des redevances mentionnées au paragraphe 13 de l'Annexe III) et a obtenu l'autorisation préalable de son État du pavillon, comme stipulé au paragraphe 11. Le capitaine du navire transporteur receveur ne devra pas commencer le transbordement sans avoir obtenu cette confirmation.

15. Dans les 24 heures suivant la réalisation du transbordement, le capitaine du navire transporteur receveur devra remplir et transmettre la déclaration de transbordement de la CTOI ainsi que son numéro dans le Registre CTOI des navires transporteurs autorisés à recevoir des transbordements dans la zone de compétence de la CTOI, au Secrétariat de la CTOI et à la CPC de pavillon du LSTLV.

16. Quarante-huit heures avant le débarquement, le capitaine du navire transporteur récepteur devra transmettre une déclaration de transbordement de la CTOI ainsi que son numéro dans le Registre CTOI des navires transporteurs autorisés à recevoir des transbordements dans la zone de compétence de la CTOI, aux autorités compétentes de l'État dans lequel le débarquement a lieu.⁵⁹⁶

7.378. Comme les États-Unis l'indiquent dans leur argument, la Résolution de la CTOI établit aussi un programme d'observateurs. Cependant, à supposer même que ce programme soit effectif, l'observateur n'a pas pour obligation de contrôler le statut *Dolphin Safe* du thon qui est transbordé, de s'assurer que les certifications *Dolphin Safe* restent avec le thon qu'elles décrivent ou de vérifier que le thon *Dolphin Safe* et le thon non-*Dolphin Safe* sont conservés séparément.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Indian Ocean Tuna Commission, "Resolution 12/05 Establishing a Programme for Transshipment by Large-Scale Fishing Vessels" (2012) (pièce US-138).

⁵⁹⁶ Ces prescriptions en matière de notification s'appliquent au transbordement en mer. Les prescriptions en matière de notification visant le transbordement au port figurent à l'annexe II et sont identiques sur tous les aspects pertinents, sauf qu'il faut donner un préavis de 48 heures, et non de 24 heures comme pour le transbordement en mer.

⁵⁹⁷ Voir Indian Ocean Tuna Commission, "Resolution 12/05 Establishing a Programme for Transshipment by Large-Scale Fishing Vessels (2012)" (pièce US-138), annexe III.

7.379. Le Groupe spécial a examiné de près les trois autres instruments internationaux en matière de transbordement que les États-Unis avaient présentés comme éléments de preuve – ceux de la Commission interaméricaine du thon des tropiques⁵⁹⁸, de la Commission internationale pour la conservation des thonidés de l'Atlantique⁵⁹⁹ et de la Commission pour la conservation du thon rouge du Sud.⁶⁰⁰ Les obligations qu'ils contiennent concernant les déclarations et les observateurs sont pratiquement les mêmes que celles qui sont examinées ci-dessus. Le statut *Dolphin Safe* du thon qui est transféré n'y est jamais mentionné.

7.380. Ainsi, alors que le transbordement fait à l'évidence l'objet de certaines préoccupations internationales, dans son état actuel, la réglementation du transbordement ne va pas jusqu'à exiger la vérification ou le suivi du statut *Dolphin Safe* du thon.

7.381. Le Groupe spécial reconnaît qu'il n'appartient pas seulement aux États-Unis de réglementer ou de réformer, si nécessaire, les régimes actuels régissant le transbordement. Néanmoins, nous admettons l'argument du Mexique selon lequel la pratique du transbordement peut augmenter la probabilité que le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP puisse être étiqueté de façon incorrecte.⁶⁰¹

7.382. Nous concluons donc que le Mexique a établi *prima facie* que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifieraient les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains. Le système en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est moins astreignant que celui qui existe à l'intérieur de l'ETP, et 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, mais nous ne formulons aucune constatation définitive sur ce point spécifique parce qu'il faudrait examiner d'autres facteurs qui pourraient aboutir à un étiquetage incorrect du thon. Nous tenons à bien préciser que cette conclusion n'entraîne pas la constatation selon laquelle le système de repérage et de vérification du thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP est en soi *infaillible* ou selon laquelle le thon repéré dans le cadre de ce système ne pourrait *jamais* être étiqueté *Dolphin Safe* de façon incorrecte.

7.383. Le Groupe spécial passe maintenant à l'examen du point de savoir si le traitement différencié identifié découle néanmoins exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.5.2.5.2 Question de savoir si l'effet préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime

7.384. Ayant constaté plus haut que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains, le Groupe spécial examine maintenant si cet effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.5.2.5.2.1 Arguments des parties

7.385. Comme dans le contexte des prescriptions différentes concernant la certification, l'argument principal du Mexique au sujet des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification est le suivant⁶⁰²:

⁵⁹⁸ Inter-American Tropical Tuna Commission, "Resolution on Establishing a Program for Transshipments by Large-Scale Fishing Vessels" (Res. C-08-02, 2008) (pièce US-153).

⁵⁹⁹ International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas, "Recommendation by ICCAT on a Programme for Transshipment" (Rec. 1206, 2012) (pièce US-154).

⁶⁰⁰ Commission for the Conservation of Southern Bluefin Tuna, "Resolution for Establishing a Program for Transshipment by Large-Scale Fishing Vessels" (adoptée à la 15^{ème} réunion annuelle, 14-17 octobre 2008) (pièce US-155).

⁶⁰¹ Comme nous l'avons expliqué plus haut, nous ne formulons pas une constatation définitive selon laquelle le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP serait de fait étiqueté de façon incorrecte.

⁶⁰² Première communication écrite du Mexique, paragraphe 275.

[L]es prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification pour le thon capturé à l'intérieur de l'ETP sont détaillées et précises. Cependant, les prescriptions et procédures pour le repérage et la vérification du thon capturé à l'extérieur de l'ETP sont peu fiables et ne fournissent pas de renseignements exacts sur le statut *Dolphin Safe* des produits du thon contenant ce thon. Ainsi, les consommateurs des États-Unis ne reçoivent pas de renseignements exacts sur ces produits du thon et pourraient être trompés ou induits en erreur ... Compte tenu de ces éléments, la différence dans les prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification pour le thon à l'intérieur et le thon capturé à l'extérieur de l'ETP n'a pas de lien rationnel avec les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon.

7.386. Par conséquent, d'après le Mexique, du fait que "[d]es renseignements exacts sont fournis sur le thon capturé dans l'ETP mais non sur le thon capturé dans d'autres pêcheries ... la mesure n'est manifestement pas impartiale".⁶⁰³

7.387. Les États-Unis demandent instamment au Groupe spécial de rejeter les arguments du Mexique. Selon les États-Unis:

[L]es prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification imposées par la mesure contestée sont totalement impartiales à l'égard des producteurs mexicains par rapport aux producteurs de thon des États-Unis et d'autres Membres. Ces prescriptions sont en fait totalement neutres quant à la nationalité du navire et à l'origine du produit du thon ... Dans la mesure où le règlement établit d'autres distinctions, c'est non pas entre les Membres, ni même entre les méthodes de pêche des Membres, mais plutôt entre le thon capturé par les grands navires équipés de sennes coulissantes visés par l'AIDCP et le thon capturé par tous les autres navires.⁶⁰⁴

7.388. De l'avis des États-Unis, "[l]e simple fait que la mesure des États-Unis reconnaît les prescriptions de l'AIDCP ne peut pas être considéré comme posant un problème juridique".⁶⁰⁵ En effet, selon les États-Unis, "un Membre n'agit pas d'une manière incompatible avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC en appliquant des mesures intérieures qui reflètent les accords internationaux de différents Membres (ou l'absence de tels accords)".⁶⁰⁶ En outre, "[l]e fait que le Mexique peut considérer que la législation des États-Unis impose des prescriptions et procédures insuffisantes pour les grands navires équipés de sennes coulissantes non visés par l'AIDCP est tout à fait hors de propos". De l'avis des États-Unis:

L'analyse par l'Organe d'appel de la distinction réglementaire légitime n'est pas censée être un moyen de formuler toutes les critiques de la mesure contestée que le plaignant juge approprié de faire. En fait, le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC reconnaît que "rien ne saurait empêcher un Membre de prendre les mesures nécessaires pour réaliser ses objectifs légitimes *"aux niveaux qu'il considère appropriés"* ... Le fait que le Mexique considère que le niveau d'enregistrement des données et de vérification que prévoit la mesure modifiée est insuffisant est simplement dénué de pertinence pour l'allégation de discrimination qu'il formule.⁶⁰⁷

7.5.2.5.2.2 Analyse par le Groupe spécial

7.389. Comme nous l'avons fait précédemment, nous commençons la présente analyse en rappelant que, conformément à l'attribution de la charge de la preuve proposée par les parties et acceptée par le Groupe spécial, il appartient au Mexique de démontrer, *prima facie* et en premier lieu, que les prescriptions différentes concernant 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

⁶⁰³ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 280. Voir aussi la deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 147.

⁶⁰⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 243.

⁶⁰⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 245.

⁶⁰⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 251.

⁶⁰⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 249 (italique dans l'original).

démontrer que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification découlent en fait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.390. Nous rappelons aussi que, d'après notre interprétation du critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, la mesure dans laquelle un cas particulier de traitement préjudiciable peut être concilié avec les objectifs recherchés par une mesure contestée ou expliqué par ces objectifs peut être un élément pertinent à prendre en considération pour évaluer si le traitement préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.391. Dans la section précédente du présent rapport, le Groupe spécial a examiné de façon assez détaillée les éléments de preuve présentés par les deux parties concernant les systèmes de repérage et de vérification imposés par la mesure modifiée concernant le thon pour le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. Nous avons conclu 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. Cet étiquetage incorrect conférerait un avantage concurrentiel aux produits du thon non mexicains.

7.392. S'agissant du deuxième élément de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial constate que le Mexique a 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. Nous admettons, *prima facie*, l'argument du Mexique selon lequel il n'existe 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. Par conséquent, le Mexique a démontré, *prima facie*, que le traitement préjudiciable ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.393. Les États-Unis tentent de réfuter cette démonstration de trois manières: premièrement, en faisant remarquer que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification sont neutres quant à l'origine; deuxièmement, en faisant valoir que la mesure modifiée concernant le thon reflète simplement des engagements internationaux contractés par le Mexique et les États-Unis; et, troisièmement, en affirmant que les Membres ont le droit de réaliser leurs objectifs légitimes "aux niveaux qu'ils considèrent appropriés". Nous examinons chacun de ces arguments successivement.

7.394. Le Groupe spécial commence par noter qu'il a examiné la question de la neutralité quant à l'origine dans la section précédente de son rapport.⁶⁰⁸ Selon lui, le fait que la mesure, telle qu'elle est libellée, est neutre quant à l'origine ne répond pas à l'allégation principale du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification manquent d'impartialité parce que l'effet préjudiciable qu'elles causent ne peut pas être concilié avec les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. Le fait que la mesure n'établit pas de distinction, du moins telle qu'elle est libellée, entre les thons capturés par différents Membres n'explique pas ni ne justifie autrement pourquoi les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification imposent une charge liée au respect moins lourde pour le thon capturé ailleurs que dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Il ne renseigne pas sur un quelconque lien possible entre l'effet préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification et les objectifs de la mesure.

7.395. Tout simplement, la neutralité de la mesure quant à l'origine ne répond pas à l'argument selon lequel les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification sont incompatibles avec les objectifs recherchés par la mesure modifiée concernant le thon. Un règlement technique peut fort bien être neutre quant à l'origine, mais dans les cas où il est constaté, au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, qu'il modifie *de facto* les conditions de concurrence au détriment des produits importés, ce traitement préjudiciable doit découler exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Et dans les cas où un plaignant a démontré *prima facie* que le traitement préjudiciable ne peut pas être concilié avec un ou plusieurs des objectifs recherchés par le règlement technique contesté ni être expliqué par un ou plusieurs des

⁶⁰⁸ Voir plus haut le paragraphe 7.75.

ces objectifs, le simple fait que le règlement est neutre quant à l'origine ne peut pas empêcher une constatation de violation de l'article 2.1.

7.396. Nous passons maintenant à la justification des États-Unis selon laquelle les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification reflètent simplement des engagements internationaux contractés par les États-Unis et le Mexique. Nous avons examiné cette question plus haut dans le contexte de la question de savoir s'il existe un "véritable lien" entre la mesure modifiée concernant le thon et les divers cas d'effet préjudiciable dont se plaint le Mexique.⁶⁰⁹

7.397. De l'avis du Groupe spécial, l'argumentation des États-Unis sur ce point doit être rejetée. Il n'y a bien sûr rien à redire au fait que les États-Unis légifèrent ou réglementent pour donner effet à leurs diverses obligations internationales. La question dont nous sommes saisis, toutefois, n'est pas de savoir si la mesure modifiée concernant le thon reflète ou met en œuvre fidèlement les obligations internationales des États-Unis, mais plutôt de savoir si l'effet préjudiciable indiqué par le Mexique découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Pour ce qui est de répondre à cette question, le fait que les États-Unis peuvent ou non avoir des obligations internationales à l'égard du Mexique ou d'un quelconque autre Membre est, selon nous, dénué de pertinence. La raison en est qu'il ne répond pas à l'allégation clé du Mexique, à savoir que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification ne sont pas justifiables au regard des propres objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. Le fait que les États-Unis ne sont pas tenus en vertu d'un quelconque accord international, hormis l'AIDCP, de faire appliquer un système de repérage et de vérification particulier, quel qu'il soit, n'explique pas ni ne justifie pourquoi la mesure modifiée concernant le thon renferme une distinction réglementaire qui a pour effet d'imposer une charge liée au respect bien moins lourde pour le thon capturé dans une pêcherie que pour le thon capturé dans les autres pêcheries. L'existence de l'AIDCP pourrait expliquer pourquoi le thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP est soumis à un certain système de repérage et de vérification, mais elle n'explique pas pourquoi le système imposé par les États-Unis à l'extérieur de cette pêcherie est moins contraignant.

7.398. De même, le Groupe spécial n'admet pas l'allégation des États-Unis selon laquelle les prescriptions concernant le repérage et la vérification énoncées dans l'AIDCP et incorporées dans la mesure modifiée concernant le thon sont différentes à cause du niveau de risque plus élevé pour les dauphins dans l'ETP. À notre avis, le risque plus élevé présenté pour les dauphins par l'encerclement dans l'ETP 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. Les profils de risque différents des différentes pêcheries pourraient, comme cela a été constaté plus haut, 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 le repérage et la vérification ont à voir avec ce qui arrive au thon *une fois qu'il a été capturé*, lors de son transfert depuis le navire de pêche jusqu'à sa vente au détail. Autrement dit, de l'avis du Groupe spécial, le profil de risque spécial de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP n'explique simplement pas ni ne justifie autrement le fait que les mécanismes de repérage et de vérification après capture qui s'appliquent au thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP sont bien moins contraignants.

7.399. Enfin, le Groupe spécial reconnaît que chaque Membre de l'OMC a le droit de réaliser ses objectifs légitimes aux niveaux qu'il considère appropriés.⁶¹⁰ Mais ce droit ne peut pas être exercé de façon à "constituer ... un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable".⁶¹¹ Ainsi, bien que les États-Unis soient évidemment libres d'établir leur propre niveau de protection, ou de chercher à réaliser leurs objectifs à un niveau ou jusqu'à un degré qu'ils considèrent approprié, cela ne les autorise pas à modifier les conditions de concurrence sur un marché au détriment des produits importés dans les cas où cette modification ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. De l'avis du Groupe spécial, le principe selon lequel les Membres peuvent fixer leurs propres niveaux de protection appropriés ne constitue donc pas, en soi, une réponse

⁶⁰⁹ Voir plus haut les paragraphes 7.171 à 7.179.

⁶¹⁰ Cf. la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 249.

⁶¹¹ Accord OTC, sixième considérant du préambule.

complète à une allégation selon laquelle une mesure particulière est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC parce qu'elle accorde aux produits importés un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires ou aux produits similaires en provenance d'autres Membres. Ce principe ne peut pas non plus être invoqué pour empêcher l'examen minutieux d'une mesure dont il est allégué qu'elle est incompatible avec les règles de l'OMC.⁶¹²

7.400. Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que les États-Unis n'ont pas réfuté la démonstration *prima facie* du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification ne découlent pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Les États-Unis n'ont pas suffisamment expliqué *pourquoi* ils imposaient des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification pour le thon selon la pêche dans laquelle il était capturé et la méthode au moyen de laquelle il était capturé. Aucune des explications avancées par les États-Unis ne semble indiquer l'existence d'un lien entre le traitement préjudiciable et les objectifs de politique générale recherchés par la mesure modifiée concernant le thon. Par conséquent, nous constatons que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification accordent aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits du thon similaires en provenance des États-Unis et d'autres Membres de l'OMC, en contravention à l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.401. Le Groupe spécial souligne qu'en formulant la constatation ci-dessus, il ne laisse pas entendre qu'il *ne pourrait pas y avoir* de raison pour laquelle les États-Unis pourraient imposer des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification pour des thons et produits du thon différents. Un système de repérage et de vérification impartial peut fort bien prendre en compte les circonstances différentes auxquelles les différents thons sont confrontés lors de leur transfert depuis le navire de pêche jusqu'au point de vente au détail. Dans la présente affaire, le Groupe spécial fait simplement valoir que du fait qu'ils n'ont pas suffisamment expliqué de quelle manière ils peuvent vérifier les divers déplacements du thon entre le lieu de capture et le lieu d'obtention du label, les États-Unis n'ont pas réfuté la démonstration du Mexique selon laquelle le système actuellement en place en vertu de la mesure modifiée concernant le thon n'est pas impartial et ne découle donc pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.402. Avant de conclure, nous notons que si la charge de la preuve devait être attribuée comme certaines des tierces parties le proposent, notre constatation serait la même. Ayant constaté que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains, nous constaterions ensuite, pour les raisons exposées ci-dessus, que les États-Unis n'ont pas établi *prima facie* que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification découlaient exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.6 Allégations au titre du GATT de 1994

7.403. Le Groupe spécial passe maintenant à l'examen des allégations du Mexique au titre du GATT de 1994.

7.6.1 Article I:1 du GATT de 1994

7.6.1.1 Critère juridique

7.404. La partie pertinente de l'article I:1 du GATT de 1994 dispose ce qui suit:

Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne ... toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III.

⁶¹² De plus, et sans vouloir formuler de quelconques constatations expresses sur cette question, le Groupe spécial note que, dans le contexte de l'Accord OTC, l'Organe d'appel n'a fait référence au concept de "niveau de protection approprié" que dans le cadre d'une analyse au titre de l'article 2.2. À ce jour, l'Organe d'appel n'a pas fait référence à ce concept dans une analyse au titre de l'article 2.1. La mesure dans laquelle ce concept est directement pertinent pour l'analyse au titre de l'article 2.1 est donc une question qui reste ouverte, mais sur laquelle nous n'avons pas besoin de nous prononcer dans la présente procédure.

7.405. Il faut démontrer l'existence des éléments suivants pour établir qu'il y a incompatibilité avec l'article I:1:

i) la mesure en cause relève de l'article I:1; ii) les produits importés en cause sont des produits "similaires" au sens de l'article I:1; iii) la mesure en cause confère un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" pour un produit originaire du territoire de tout pays; et iv) l'avantage ainsi accordé n'est pas accordé "immédiatement" et "sans condition" aux produits "similaires" originaires du territoire de tous les Membres.⁶¹³

7.406. Les types de mesures qui relèvent de l'article I:1 n'ont guère fait l'objet de discussions dans les différends portés devant l'OMC. Des groupes spéciaux comme l'Organe d'appel ont estimé que l'article I:1 visait une vaste gamme de mesures.

7.407. En ce qui concerne le sens de l'expression "produits similaires", le Groupe spécial note que ce concept n'est pas défini dans le GATT de 1994, et la jurisprudence concernant le sens de cette expression dans le contexte de l'article I:1 n'est pas abondante. Ce concept a été examiné plus souvent dans le contexte de l'article III du GATT de 1994. Dans le contexte de la première phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 et de l'article III:4 du GATT de 1994, l'Organe d'appel a expliqué que la détermination sur le point de savoir si des produits étaient des "produits similaires" était essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits.⁶¹⁴

7.408. De plus, l'Organe d'appel a expliqué que pour déterminer si des produits étaient "similaires", un groupe spécial devait examiner au cas par cas toutes les caractéristiques pertinentes des produits en cause, y compris i) les propriétés, la nature et la qualité des produits, c'est-à-dire leurs caractéristiques physiques; ii) les utilisations finales des produits; iii) les goûts et habitudes des consommateurs, également appelés perceptions et comportement des consommateurs, en ce qui concerne les produits; et iv) la classification tarifaire des produits.⁶¹⁵

7.409. Le Groupe spécial pense qu'il n'est pas déraisonnable de considérer que des interprétations antérieures du concept de "produits similaires" au titre de l'article III du GATT de 1994 devraient éclairer son interprétation du concept de "produits similaires" dans le contexte de l'article I:1 du GATT de 1994.

7.410. En ce qui concerne le troisième élément – c'est-à-dire la question de savoir si la mesure en cause confère un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" –, le Groupe spécial note que la jurisprudence pertinente a donné une interprétation large du terme "avantages". Dans l'affaire *CE – Bananes III*, le Groupe spécial a estimé que les "avantages" au sens de l'article I:1 du GATT de 1994 étaient ceux qui créaient des "possibilités d'importation plus favorables" ou affectaient le rapport commercial entre des produits similaires de différentes origines.⁶¹⁶

7.411. Dans l'affaire *Canada – Automobiles*, l'Organe d'appel a également précisé que les termes de l'article I:1 désignaient non pas des avantages accordés en ce qui "concerne" les sujets qui entraient dans le champ d'application de l'article, tel qu'il avait été défini, mais "tous avantages"; accordés non pas à des produits, mais à "un produit"; et non pas aux produits similaires en provenance d'autres Membres, mais aux produits similaires originaires ou à destination de "tous les autres Membres".⁶¹⁷

7.412. Quant au quatrième et dernier élément, c'est-à-dire le point de savoir si un avantage est étendu "immédiatement" et "sans condition" à tous les produits similaires originaires du territoire de tous les Membres, le Groupe spécial note que le sens du terme "immediately" (immédiatement)

⁶¹³ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.86.

⁶¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 170.

⁶¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 23.

⁶¹⁶ Rapport du Groupe spécial *CE – Bananes III*, paragraphe 7.239.

⁶¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 79.

n'a guère fait l'objet de discussions dans des différends antérieurs. Il interprète ce terme comme signifiant "without delay" (sans délai), "at once" (sur-le-champ) et "instantly" (instantanément).⁶¹⁸

7.413. Le Groupe spécial note que dans d'autres différends, des groupes spéciaux ont interprété le terme "unconditionally" (sans condition) de différentes façons. Ainsi, le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles* a établi que l'expression "sans condition" signifiait que l'avantage ne pouvait être subordonné à aucun critère qui n'avait rien à voir avec le produit importé lui-même.⁶¹⁹ Le Groupe spécial *Canada – Automobiles* a été d'avis que le point de savoir si les conditions associées à un avantage accordé à l'occasion de l'importation d'un produit enfreignaient l'article I:1 dépendait du point de savoir si ces conditions établissaient une discrimination quant à l'origine des produits.⁶²⁰ Dans l'affaire *CE – Préférences tarifaires*, le Groupe spécial a conclu qu'il faudrait donner à cette expression son sens ordinaire dans le cadre de l'article I:1, à savoir "not limited by or subject to any conditions" (pas limité par ni subordonné à une quelconque condition).⁶²¹ Dans l'affaire *Colombie – Bureaux d'entrée*, le Groupe spécial a repris l'interprétation donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Automobiles*, à savoir que les conditions associées à un avantage accordé à l'occasion de l'importation d'un produit enfreindraient l'article I:1 lorsqu'elles établiraient une discrimination quant à l'origine des produits.⁶²²

7.414. Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a eu l'occasion de préciser le sens des termes "immédiatement" et "sans condition":

Au titre de l'article I:1, il est interdit à un Membre d'accorder aux produits importés un "avantage" qui n'est pas "immédiatement" et "sans condition" accordé aux produits importés similaires en provenance de tous les Membres. Cela signifie, selon nous, que tout avantage accordé par un Membre à des produits importés doit être mis à disposition "sans condition" ou *inconditionnellement*, des produits importés similaires en provenance de tous les Membres. Toutefois, étant donné que l'article I:1 vise, fondamentalement, à protéger les anticipations relatives à l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés similaires en provenance de tous les Membres, il ne s'ensuit pas que l'article I:1 interdit à un Membre d'attacher *toutes* conditions à l'octroi d'un "avantage" au sens de l'article I:1. En fait, il prohibe les conditions qui ont une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires en provenance de *tout* Membre. À l'inverse, l'article I:1 permet d'établir des distinctions réglementaires entre les produits importés similaires, à condition que ces conditions n'aient pas une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires en provenance de tout Membre.⁶²³

7.415. De l'avis du Groupe spécial, ce passage montre clairement que les avantages résultant d'une mesure doivent être étendus tout de suite, et inconditionnellement, à tous les Membres de l'OMC, sauf lorsque les conditions imposées ne modifient pas les possibilités de concurrence des produits importés sur le marché pertinent. Toutefois, lorsque les conditions modifient *effectivement* les conditions de concurrence au détriment des produits importés, le simple fait que ces conditions ne ciblent pas directement l'origine des produits importés ne peut pas empêcher une constatation de violation au titre de l'article I:1 (bien que ce fait puisse être pertinent dans le contexte de l'évaluation d'un moyen de défense au regard de l'article XX).

7.416. Par conséquent, pour déterminer si la mesure modifiée concernant le thon étend tous avantages qu'elle offre "immédiatement et sans condition" à tous les Membres, le Groupe spécial examinera d'abord quel avantage, si tant est qu'il y en ait un, est accordé par la mesure modifiée concernant le thon. Il déterminera ensuite si l'avantage ou les avantages (si tant est qu'il y en ait) sont étendus à tous les Membres inconditionnellement, ou, dans le cas où des conditions sont imposées, si elles modifient les possibilités de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique.

⁶¹⁸ *Shorter Oxford Dictionary*, 6^{ème} édition (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 1330.

⁶¹⁹ Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphes 14.145 à 14.147.

⁶²⁰ Rapport du Groupe spécial *Canada – Automobiles*, paragraphe 10.29.

⁶²¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Préférences tarifaires*, paragraphe 7.59.

⁶²² Rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.366.

⁶²³ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.88 (italique dans l'original) (mentions internes omises).

7.6.1.2 Application

7.6.1.2.1 Arguments des parties

7.417. Le Mexique fait valoir que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994. Spécifiquement, il fait valoir que l'accès au label *Dolphin Safe* constitue un avantage, et que cet avantage n'est pas étendu immédiatement et sans condition aux produits du thon similaires originaires du territoire de tous les autres Membres de l'OMC, y compris le Mexique.⁶²⁴

7.418. Le Mexique fait valoir que dans le contexte de son analyse du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, il a démontré que les conditions et prescriptions énoncées dans la mesure modifiée concernant le thon avaient un effet préjudiciable *de facto* sur les possibilités de concurrence des produits du thon similaires du Mexique sur le marché des États-Unis par rapport aux produits du thon importés similaires originaires d'autres pays, du fait qu'elles refusaient effectivement l'avantage de l'accès au label *Dolphin Safe* aux produits du thon d'origine mexicaine.⁶²⁵

7.419. Le Mexique note également que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a constaté que l'absence d'accès à l'avantage représenté par le 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 car elle avait pour effet de refuser l'admissibilité à la plupart des produits du thon mexicains tout en l'accordant à la plupart des produits du thon en provenance des États-Unis et d'autres Membres. De l'avis du Mexique, ces constatations s'appliquent également à la mesure modifiée concernant le thon. Le Mexique fait valoir que rien dans la mesure modifiée concernant le thon n'a atténué ou réduit au minimum l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains importés de la distinction réglementaire créée dans la mesure initiale concernant le thon; au contraire, la distinction réglementaire reste essentiellement la même, si bien que les produits du thon d'origine mexicaine continuent d'être effectivement exclus du marché des États-Unis.⁶²⁶

7.420. Les États-Unis font valoir que le Mexique n'établit pas que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994.⁶²⁷

7.421. Les États-Unis font également valoir que l'allégation du Mexique au titre de l'article I:1 du GATT de 1994 se rapporte uniquement aux critères d'admissibilité, et que le Mexique ne formule pas d'allégation en ce qui concerne de quelconques autres prescriptions de la mesure modifiée, y compris celles qui se rapportent à la certification ainsi qu'au repérage et à la vérification.⁶²⁸

7.422. Les États-Unis soulignent qu'en ce qui concerne l'accès au label *Dolphin Safe*, aucun produit du thon d'un Membre n'a de *droit* au label. Ils expliquent qu'aucun produit (qu'il soit originaire des États-Unis, du Mexique ou d'ailleurs) n'est *en droit* d'être étiqueté *Dolphin Safe* en vertu de la législation des États-Unis; en fait, l'avantage est soumis à des prescriptions en matière d'admissibilité que tous les produits du thon doivent respecter pour accéder au label. Ces conditions sont les suivantes: 1) aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur les dauphins ou utilisée pour les encercler lors de l'expédition de pêche au cours de laquelle le thon a été capturé; et 2) 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.⁶²⁹

7.423. Par ailleurs, les États-Unis soulignent que le Groupe spécial initial n'a pas formulé de constatations au titre de l'article I:1 du GATT de 1994 et que, par conséquent, "il faudrait

⁶²⁴ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 315.

⁶²⁵ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 315, faisant référence à la section IV.B.3.a 2) de la communication; deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 202.

⁶²⁶ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 203.

⁶²⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 277.

⁶²⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 277.

⁶²⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 280.

maintenant procéder à une évaluation objective de la question, à savoir les faits de la cause et les dispositions pertinentes" dans le contexte de cette disposition.⁶³⁰

7.6.1.2.2 Analyse par le Groupe spécial

7.424. Le Groupe spécial note que les parties conviennent que la mesure modifiée concernant le thon satisfait aux trois premiers éléments permettant de constater l'existence d'une incompatibilité au titre de l'article I:1 du GATT de 1994, c'est-à-dire que la mesure modifiée concernant le thon relève de l'article I:1; que les produits du thon mexicains et les produits du thon originaires d'autres pays sont des produits importés similaires au sens de l'article I:1; et que l'accès au label *Dolphin Safe* est un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" conféré par la mesure modifiée concernant le thon sur le marché des États-Unis. Les parties sont en désaccord, toutefois, sur l'application du quatrième et dernier élément du critère juridique, c'est-à-dire le point de savoir si l'avantage de l'accès au label *Dolphin Safe* est étendu "immédiatement et sans condition" aux produits similaires originaires du territoire de tous les Membres de l'OMC.⁶³¹

7.425. Avant de poursuivre, le Groupe spécial rappelle qu'il incombe au Mexique, en tant que partie plaignante, d'établir *prima facie* que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994.

7.426. Comme il est indiqué plus haut, le quatrième élément du critère juridique prévu à l'article I:1 du GATT de 1994 exige d'un groupe spécial qu'il détermine si des conditions quelconques sont imposées pour l'accès de certains Membres à un avantage accordé par une mesure. Si l'accès est subordonné à des conditions, le groupe spécial doit examiner si celles-ci modifient les possibilités de concurrence des Membres plaignants sur le marché pertinent. Nous examinerons donc si, comme le Mexique l'allègue, l'accès au label *Dolphin Safe* est soumis à des conditions et, dans l'affirmative, si ces conditions ont un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence du thon et des produits du thon similaires du Mexique.

7.427. Tout d'abord, le Groupe spécial juge nécessaire de préciser le champ des éléments de la mesure modifiée concernant le thon qui devraient être examinés dans le contexte de l'article I:1 du GATT de 1994. Comme nous l'avons indiqué plus haut, les États-Unis font valoir que l'allégation du Mexique se rapporte uniquement à ce que nous avons appelé les critères d'admissibilité – c'est-à-dire l'exclusion en elle-même du thon capturé par encerclement des dauphins pour ce qui est de l'accès au label et l'admission de principe du thon capturé au moyen de toutes les autres méthodes de pêche sous réserve de certaines prescriptions. De l'avis des États-Unis, le Mexique n'a pas formulé d'allégation en ce qui concerne de quelconques autres prescriptions de la mesure modifiée, y compris celles qui se rapportent à la certification ainsi qu'au repérage et à la vérification.⁶³²

7.428. Dans ses réponses à une question du Groupe spécial, le Mexique a précisé que ses allégations au titre des articles I^{er} et III du GATT de 1994 se rapportaient à la fois aux critères d'admissibilité et aux prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification imposés dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Le Mexique fait valoir que la mesure modifiée concernant le thon dans son intégralité est incompatible avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, et explique que cette incompatibilité découle de l'effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains causé par la distinction réglementaire légitime prévue par la mesure modifiée concernant le thon.⁶³³

7.429. Dans leurs observations sur la réponse du Mexique, les États-Unis soutiennent que le Mexique a d'abord fait valoir que la mesure modifiée concernant le thon violait l'article I:1 du GATT de 1994 uniquement pour ce qui est des critères d'admissibilité, et non pour ce qui est des prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification. De l'avis

⁶³⁰ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 133.

⁶³¹ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 310 à 314, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 233 à 235; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 279.

⁶³² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 277.

⁶³³ Réponse du Mexique à la question n° 9 du Groupe spécial, paragraphes 35 et 36.

des États-Unis, la réponse donnée par le Mexique à la question du Groupe spécial modifie son argument vu qu'il allègue que son allégation ne se limite pas à l'"accès" au label, mais englobe en fait les prescriptions différentes alléguées concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification imposés dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Les États-Unis font valoir que bien qu'il ait élargi son allégation, le Mexique n'a pas adapté de la même façon ses éléments de preuve et ne prouve donc pas le bien-fondé de ses allégations.⁶³⁴

7.430. Le Groupe spécial note que dans sa première communication écrite, le Mexique explique que son allégation au titre de l'article I:1 se rapporte aux "différences dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage".⁶³⁵ Il considère que la réponse du Mexique à la question qu'il lui a posée précise le champ de son allégation au titre de l'article I:1 du GATT de 1994 en *confirmant* que celle-ci se rapporte non seulement à l'inadmissibilité du thon capturé par encerclement des dauphins au bénéfice du label, mais aussi aux prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, qui, de l'avis du Mexique, sont des "conditions" additionnelles dont l'application au thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP signifie que l'avantage de l'accès au label n'est pas étendu "sans condition" aux produits du thon mexicains, comme l'exige l'article I:1 du GATT de 1994.⁶³⁶ Par conséquent, comme il l'a fait plus haut dans son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial examinera les trois différences réglementaires dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage indiquées par le Mexique: premièrement, les critères d'admissibilité; deuxièmement, les prescriptions différentes concernant la certification; et troisièmement, les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification.

7.431. Les États-Unis soulignent que l'article 2.1 de l'Accord OTC a un libellé différent de celui de l'article I:1 du GATT de 1994, et qu'il appelle un examen distinct.⁶³⁷ Pour le Groupe spécial, cela pose la question de savoir s'il est approprié qu'il se fonde sur des constatations de fait formulées au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans le contexte de l'analyse des allégations du Mexique au titre de l'article I:1 du GATT de 1994.

7.432. L'Organe d'appel a déterminé que l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article I:1 du GATT de 1994 renfermaient des critères juridiques différents.⁶³⁸ Selon ce que le Groupe spécial croit comprendre, toutefois, la différence fondamentale entre ces deux dispositions réside dans le fait que, 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 de l'Accord OTC impose l'examen *additionnel* du point de savoir si tout effet préjudiciable découle néanmoins exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁶³⁹ Ce deuxième élément n'est pas présent dans le critère juridique prévu à l'article I:1, de sorte que, comme l'Organe d'appel l'a dit, il n'est pas approprié d'amalgamer les deux dispositions.

7.433. Cela étant dit, nous notons que l'accent mis à l'article I:1 sur le point de savoir si les conditions imposées pour l'accès à un avantage modifient les conditions de concurrence au détriment des produits importés similaires est semblable à la première partie de l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui porte de même sur l'effet d'une mesure sur les possibilités de concurrence des produits importés. Compte tenu de cette similitude, le Groupe spécial pense qu'il est approprié de prendre en compte les constatations de fait qu'il a formulées dans le contexte de la première partie de son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC lors de l'examen des allégations du Mexique au titre de l'article I:1 du GATT de 1994.

7.434. Le Groupe spécial note également que le Mexique fait 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 1994.⁶⁴⁰ Nous ne voyons aucune raison pour laquelle des constatations de fait formulées au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC ne pourraient pas être pertinentes au titre de l'article I:1 du GATT de 1994 lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les allégations factuelles invoquées pour

⁶³⁴ Observations des États-Unis sur les réponses du Mexique, paragraphes 25 et 26.

⁶³⁵ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 313; deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 203.

⁶³⁶ Réponse du Mexique à la question n° 10 du Groupe spécial, paragraphes 37 à 39.

⁶³⁷ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 133.

⁶³⁸ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.94.

⁶³⁹ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.93.

⁶⁴⁰ Voir la deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 202.

établir l'existence d'une violation des deux dispositions sont essentiellement les mêmes. Bien que l'importance juridique de ces constatations de fait puisse changer en fonction des termes de la disposition particulière examinée, il n'y a pas de raison pour laquelle les constatations de fait elles-mêmes devraient changer. En fait, à notre avis, un groupe spécial qui est parvenu à des conclusions de fait différentes dans différentes parties de son rapport sur la base des mêmes allégations factuelles ne procède peut-être pas à une "évaluation objective" de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord.

7.6.1.2.2.1 Question de savoir si les critères d'admissibilité et les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification sont des "conditions" aux fins de l'article I:1 du GATT de 1994

7.435. La première question que le Groupe spécial doit examiner est celle de savoir si les critères d'admissibilité et les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification sont des "conditions" au sens de l'article I:1 du GATT de 1994. Autrement dit, nous devons déterminer si ces critères et prescriptions "subordonnent à des conditions" l'accès du Mexique à l'avantage du label *Dolphin Safe*, qui, comme nous l'avons constaté plus haut, constitue un avantage commercial sur le marché du thon des États-Unis. Cela tient au fait que, comme l'Organe d'appel l'a indiqué clairement dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'article I:1 du GATT de 1994 ne concerne pas la question de savoir si une mesure dans son ensemble modifie les conditions de concurrence; en fait, "le critère juridique énoncé à l'article I:1 ... est exprimé 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 Membres".⁶⁴¹ Notre analyse est donc axée sur l'existence de *conditions* qui limitent ou affectent autrement l'accès des produits importés en provenance de certains Membres à un avantage accordé par une mesure.

7.436. Pour commencer, nous notons qu'il apparaît que les parties ont des points de vue divergents au sujet du *type* de condition qui est pertinent au titre de l'article I:1 du GATT de 1994. Le Mexique semble penser que l'article I:1 concerne l'imposition de *toutes* conditions pour l'accès à un avantage, même si ces conditions s'appliquent à tous les Membres de l'OMC d'une manière non discriminatoire à première vue. Pour le Mexique, la seule question à laquelle le Groupe spécial doit répondre est celle de savoir si les conditions effectivement imposées pour l'accès à un avantage "ont un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires en provenance de *tout* Membre".⁶⁴²

7.437. Par contre, les États-Unis semblent être d'avis que l'article I:1 ne vise pas les conditions qui sont uniformes et impartiales, et qui ne s'appliquent pas sur la base de la nationalité.⁶⁴³ Ainsi, dans le contexte du présent différend, les États-Unis font valoir que, bien que la mesure modifiée concernant le thon énonce des conditions qui doivent être remplies préalablement à l'accès au label *Dolphin Safe*, "[l]es critères d'admissibilité – et, par conséquent, *la possibilité* d'accéder au label – sont les mêmes pour tous".⁶⁴⁴ Par conséquent, les conditions ne compromettent en aucune façon l'"égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés similaires".⁶⁴⁵

7.438. De l'avis du Groupe spécial, il est clair que l'article I:1 du GATT de 1994 permet, du moins en principe, de subordonner des avantages au respect de certains critères. L'un de ces critères est la similarité des produits: l'octroi d'un avantage particulier uniquement à des produits "similaires" ne constituerait pas, à l'évidence, une violation de la disposition. De plus, comme ce sont seulement les conditions qui compromettent l'égalité des possibilités de concurrence qui sont proscrites par l'article I:1 du GATT de 1994, l'imposition de conditions neutres applicables de la même manière à tous les produits similaires peut être compatible avec l'article I:1. Constater que *toute* condition pour l'accès à un avantage enfreint nécessairement et automatiquement

⁶⁴¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.81 (italique dans l'original).

⁶⁴² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 200 (italique dans l'original) (mentions internes omises).

⁶⁴³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 283.

⁶⁴⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 288.

⁶⁴⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 281.

l'article I:1 ne serait pas compatible avec l'objectif primordial de la disposition, qui consiste "à prohiber les mesures *discriminatoires*".⁶⁴⁶

7.439. Néanmoins, à notre avis, le fait que les conditions pour l'accès à un avantage ne sont à première vue pas discriminatoires ne constitue pas une réponse complète à une allégation selon laquelle certaines conditions compromettent les possibilités de concurrence des produits importés, étant donné que ces conditions peuvent quand même avoir un effet *de facto* sur l'égalité de concurrence. Ainsi, bien que la simple existence de conditions neutres applicables à tous les produits similaires n'entraîne pas *en elle-même* une violation automatique de l'article I:1, elle n'empêche pas non plus un groupe spécial d'examiner attentivement les conditions et d'autres circonstances pertinentes pour déterminer si les conditions ont un effet préjudiciable *de facto* sur les possibilités de concurrence de certains produits importés similaires.

7.440. Par conséquent, le simple fait que "[l]es critères d'admissibilité ... sont les mêmes pour tous" ne signifie pas qu'ils sont automatiquement compatibles avec l'article I:1 du GATT de 1994. Nous devons plutôt examiner si, en dépit de leur application générale, ces critères modifient l'égalité des possibilités de concurrence au détriment de certains produits importés similaires.

7.441. Le Groupe spécial note également que, bien que les critères d'admissibilité s'appliquent à tous les produits du thon importés (et, ajouterions-nous, nationaux), les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification imposent explicitement des conditions différentes pour le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP. Ce thon doit satisfaire à des prescriptions documentaires (c'est-à-dire certification ainsi que repérage et vérification) additionnelles avant de pouvoir accéder au label *Dolphin Safe*. Ces conditions ne s'appliquent pas "à tous". Pour cette raison, bien qu'elles n'enfreignent peut-être pas l'article I:1 si elles "n'[ont] pas une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires" en provenance du Mexique⁶⁴⁷, il nous semble à l'évidence qu'elles constituent le type de "condition" qui doit être évalué au regard de l'article I:1.

7.442. Pour cette raison, le Groupe spécial constate que 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'accès au label *Dolphin Safe*. L'avantage de l'accès au label n'est donc pas accordé "sans condition". Notre examen ne s'arrête toutefois pas là. En fait, nous allons maintenant examiner si les conditions modifient l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits similaires en provenance de tout Membre.

7.6.1.2.2.2 Question de savoir si les critères d'admissibilité modifient les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains

7.443. Le Groupe spécial rappelle que dans la procédure initiale, le Groupe spécial a constaté qu'en raison de "la demande limitée pour les produits du thon non *Dolphin Safe*" sur le marché des États-Unis⁶⁴⁸, et du fait que "le seul moyen par lequel il [était] possible de se prévaloir du statut *Dolphin Safe*", c'était par le biais du label *Dolphin Safe* réglementé par la mesure concernant le thon⁶⁴⁹ "[u]n avantage [était accordé] aux produits qui [étaient] admissibles à l'utilisation du label".⁶⁵⁰ Il a conclu que l'accès au label "[avait] une valeur commerciale importante sur le marché ... du thon des États-Unis"⁶⁵¹, et que refuser l'accès au label aux produits du thon mexicains pouvait "désavantages[er] [ces produits] sur le marché des États-Unis".⁶⁵² Les États-Unis n'ont pas contesté cette constatation en appel.⁶⁵³ Bien que le Groupe spécial initial ait constaté que l'effet commercial préjudiciable de l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins était "principalement le résultat "de[] facteurs ou de[] circonstances sans rapport avec l'origine étrangère du produit", y compris les choix faits par la propre flottille de pêche et les propres

⁶⁴⁶ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.82 (pas d'italique dans l'original).

⁶⁴⁷ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.88.

⁶⁴⁸ Rapport du Groupe spécial États-Unis – *Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.286.

⁶⁴⁹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – *Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.289.

⁶⁵⁰ Rapport du Groupe spécial États-Unis – *Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.287.

⁶⁵¹ Rapport du Groupe spécial États-Unis – *Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.289.

⁶⁵² Rapport du Groupe spécial États-Unis – *Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.284.

⁶⁵³ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – *Thon II (Mexique)*, paragraphe 233.

conserveries du Mexique"⁶⁵⁴ et n'était donc pas attribuable à la mesure concernant le thon, l'Organe d'appel a infirmé cette constatation et a été d'avis que "c'[était] l'action des pouvoirs publics sous la forme de l'adoption et de l'application des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* qui [avait] modifié les conditions de concurrence sur le marché au détriment des produits du thon mexicains".⁶⁵⁵ En conséquence, il a conclu 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 pour les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis".⁶⁵⁶ Il a en outre conclu que "c'[était] la mesure en cause qui modifi[ait] les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains".⁶⁵⁷

7.444. Dans le contexte de son allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Mexique fait valoir que "[l]es caractéristiques du marché pertinent restent inchangées" par rapport à celles qui existaient au moment où l'affaire initiale a été réglée.⁶⁵⁸ Selon lui, "presque toute la flottille mexicaine de thoniers équipés de sennes coulissantes continue de pêcher dans l'ETP par encerclement des dauphins et pêche donc du thon qui n'aurait pas le droit d'être contenu dans un produit du thon *Dolphin Safe* en vertu de la mesure modifiée concernant le thon".⁶⁵⁹ De plus, comme "[a]ux États-Unis, les détaillants et les consommateurs sont sensibilisés à la question de l'absence de risque pour les dauphins et [que] les produits arborant le label *Dolphin Safe* sont avantagés sur le marché"⁶⁶⁰, le Mexique soutient que ses produits du thon "continuent d'être effectivement exclus du marché des États-Unis"⁶⁶¹, ce qui "a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis".⁶⁶²

7.445. Le Mexique met en opposition la situation dans laquelle se trouvent ses propres thons et produits du thon et celle dans laquelle se trouvent les produits du thon élaborés à partir de thon capturé par les États-Unis et d'autres Membres de l'OMC. Il explique que "[l]a flottille thonière des États-Unis ne pêche toujours pas dans l'ETP", et que les flottilles de pêche d'autres Membres de l'OMC pêchent dans des océans différents (c'est-à-dire autres que l'ETP) ou dans l'ETP mais selon des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins. Il conclut donc que "la quasi-totalité des thons capturés par des navires des États-Unis"⁶⁶³ et "la plupart des produits du thon provenant d'autres pays"⁶⁶⁴ sont "susceptibles d'avoir le droit d'utiliser le label"⁶⁶⁵, tandis que "la plupart des thons capturés par des navires mexicains n'auraient pas le droit d'être contenus dans un produit *Dolphin Safe* en vertu des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*".⁶⁶⁶

7.446. Le Groupe spécial rappelle également que dans le contexte de l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, les États-Unis n'ont pas nié que l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins pour ce qui est de l'accès au label *Dolphin Safe* avait entraîné un traitement préjudiciable *de facto* du thon et des produits du thon mexicains, et ils n'ont pas non

⁶⁵⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.378. Le Groupe spécial avait déjà constaté au paragraphe 7.377 que "les mesures en cause, en appliquant la même prescription de neutralité quant à l'origine à tous les produits du thon, n'établiss[aient] pas en soi une discrimination sur la base de l'origine des produits, et elles n'empêch[aient] pas non plus de rendre les produits du thon mexicains conformes à cette prescription".

⁶⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 239.

⁶⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 235.

⁶⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 240. L'Organe d'appel a expliqué que "[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, à notre avis, aux États-Unis de se soustraire à leur responsabilité au regard de l'Accord OTC lorsque la mesure qu'ils adopt[aient] modifi[ait] les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains": paragraphe 239 (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 146).

⁶⁵⁸ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 224.

⁶⁵⁹ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 227.

⁶⁶⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 225.

⁶⁶¹ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 231.

⁶⁶² Première communication écrite du Mexique, paragraphe 226. Pour étayer ces affirmations, le Mexique a présenté des déclarations de producteurs de thon mexicains attestant les effets de la mesure concernant le thon sur les possibilités de concurrence du thon mexicain sur le marché des États-Unis: déclarations au nom de producteurs mexicains (pièces MEX-89-A, MEX-89-B et MEX-89-C) (RCC).

⁶⁶³ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 227.

⁶⁶⁴ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 232.

⁶⁶⁵ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 227.

⁶⁶⁶ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 227.

plus présenté un quelconque élément de preuve qui pourrait jeter le doute sur cette constatation.⁶⁶⁷

7.447. De l'avis du Groupe spécial, en refusant l'accès au label *Dolphin Safe* au thon capturé par encerclement des dauphins, la mesure modifiée concernant le thon a pour effet de refuser à certains thons et produits du thon un avantage commercial précieux (c'est-à-dire l'accès au label *Dolphin Safe*). De plus, puisque, comme les deux parties le reconnaissent et l'Organe d'appel l'a constaté dans la procédure initiale, le thon et les produits élaborés à partir de thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et dans d'autres pêcheries sont "similaires", la conséquence claire et nécessaire de cette constatation est que la mesure modifiée concernant le thon n'étend pas immédiatement et sans condition à tous les produits similaires l'avantage incorporé dans le régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis. Par conséquent, cette mesure est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994.

7.448. Avant de conclure, le Groupe spécial doit examiner l'argument des États-Unis selon lequel s'agissant de l'accès au label *Dolphin Safe*, aucun produit du thon d'un Membre n'a de droit au label. Les États-Unis soutiennent qu'aucun produit (qu'il soit originaire des États-Unis, du Mexique ou d'ailleurs) n'est en droit d'être étiqueté *Dolphin Safe* en vertu de la législation des États-Unis; en fait, l'avantage est soumis à des prescriptions en matière d'admissibilité neutres quant à l'origine que tous les produits du thon doivent respecter pour être étiquetés d'une manière compatible avec la législation des États-Unis.⁶⁶⁸ Selon eux, rien n'empêche les conserveries ou les navires du Mexique de produire des produits du thon qui seraient admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*. De fait, c'est ce que d'autres pays qui pêchent dans l'ETP, et qui étaient dans la même situation que le Mexique lorsque la DPCIA a été adoptée, ont choisi de faire.⁶⁶⁹

7.449. Le Groupe spécial n'est pas convaincu par l'argument des États-Unis. Il note que l'Organe d'appel a constaté dans la procédure initiale, dans le contexte de son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, que le point de savoir si une mesure était conforme à la prescription de l'article 2.1 relative au "traitement non moins favorable" ne dépendait pas du point de savoir si les produits importés pouvaient d'une certaine façon accéder à un avantage, par exemple, en respectant toutes les conditions applicables. Au contraire, une détermination sur le point de savoir si des produits importés se voyaient accorder un "traitement moins favorable" au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC nécessitait une analyse du point de savoir si la mesure contestée modifiait les conditions de concurrence au détriment de ces produits. L'Organe d'appel a en outre expliqué que le fait qu'un plaignant pouvait ou aurait pu respecter les conditions imposées par une mesure contestée ne signifiait pas que cette mesure était par conséquent compatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁶⁷⁰

7.450. À notre avis, le même raisonnement s'applique avec la même force dans le contexte de l'article I:1 du GATT de 1994. Lorsqu'il est constaté qu'une condition associée à un avantage modifie de façon préjudiciable les possibilités de concurrence des produits importés similaires, le fait que le Membre désavantagé pourrait modifier ses pratiques de manière à respecter la condition en question ne change nullement le fait que la condition compromet l'égalité de concurrence que l'article I:1 protège. D'après ce que nous croyons comprendre, l'article I:1 du GATT de 1994, comme l'article 2.1 de l'Accord OTC, porte sur les conditions de concurrence telles qu'elles existent, et non telles qu'elles pourraient exister si le Membre dont les produits similaires ont subi un effet préjudiciable modifiait d'une façon ou d'une autre ses pratiques. Par conséquent, le fait qu'un Membre pourrait modifier ses pratiques pour faire en sorte que ses produits similaires respectent les conditions pertinentes et accèdent ainsi à l'avantage n'atténue pas la responsabilité d'un Membre qui applique une mesure incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994.

7.451. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial conclut que les critères d'admissibilité modifient les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique, en violation de l'article I:1 du GATT de 1994.

⁶⁶⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 215 (mentionnant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 234 et 235).

⁶⁶⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 280.

⁶⁶⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 132.

⁶⁷⁰ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 221.

7.452. Alors que dans une analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, un groupe spécial est tenu de franchir une étape de plus et d'évaluer et de déterminer si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, cette étape additionnelle n'est pas nécessaire dans le contexte de l'article I:1 du GATT de 1994.⁶⁷¹

7.6.1.2.2.3 Question de savoir si les prescriptions différentes concernant la certification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains

7.453. Le Mexique fait fond essentiellement sur son argumentation dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC pour établir que, dans la mesure où elle impose des prescriptions différentes concernant la certification pour le thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, d'une part, et dans d'autres pêcheries, d'autre part, la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994.⁶⁷²

7.454. Dans son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a constaté que les prescriptions différentes concernant la certification modifiaient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains. Les conditions différentes imposent une charge moins lourde, s'agissant de prouver le respect des conditions pertinentes et, par conséquent, d'accéder au label *Dolphin Safe*, pour le thon et les produits du thon élaborés à partir de thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes à l'extérieur de leur pêcherie de l'ETP que pour ceux élaborés avec du thon capturé dans cette pêcherie. Il a également jugé fondée l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification pouvaient faciliter l'étiquetage inexact du thon et des produits du thon élaborés à partir de thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP⁶⁷³, bien qu'il n'ait pas jugé nécessaire de formuler une constatation définitive sur ce point.

7.455. Dans le contexte de la présente analyse, le Groupe spécial estime que le fait que le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP doit être accompagné de deux certifications, y compris une certification établie par un observateur, alors que le poisson capturé selon d'autres méthodes doit uniquement être accompagné d'une certification (établie par un capitaine), donne en lui-même fortement à penser que la mesure modifiée concernant le thon impose certaines conditions concernant l'accès au label *Dolphin Safe* pour certains produits du thon seulement, ce qui est contraire à l'article I:1. De fait, il est difficile de concevoir comment une mesure qui impose une condition donnée pour certains produits similaires et des conditions additionnelles, plus lourdes ou plus contraignantes, pour d'autres produits similaires pourrait être considérée comme étant non discriminatoire au sens de l'article I:1. Compte tenu des dépenses considérables associées à la certification par un observateur, il nous semble clair que la prescription concernant la certification par un observateur représente une "condition" additionnelle qui modifie de façon préjudiciable les possibilités de concurrence du thon et des produits du thon similaires. Dans la mesure où l'absence de certification par un observateur à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP peut également faciliter l'étiquetage incorrect du thon capturé dans ces pêcheries – point sur lequel nous ne nous prononçons pas de manière définitive – la condition additionnelle concernant la certification par un observateur compromettrait encore davantage l'égalité des possibilités de concurrence entre les thons et les produits du thon similaires.

7.456. En résumé, nous constatons que, dans la mesure où elle impose une surveillance par des observateurs pour les navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et sans l'imposer pour les autres navires dans l'ETP et pour les autres pêcheries, la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1.

⁶⁷¹ Voir les rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.117.

⁶⁷² Voir la deuxième communication écrite du Mexique, paragraphes 202 et 204.

⁶⁷³ Voir plus haut les paragraphes 7.168 à 7.170.

7.6.1.2.2.4 Question de savoir si les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains

7.457. Le Mexique fait fond essentiellement sur son argumentation dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC pour établir que, dans la mesure où elle impose des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification pour le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et pour le thon n'ayant pas été capturé ainsi, la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994.⁶⁷⁴

7.458. Le Groupe spécial rappelle que, dans le contexte de son allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Mexique n'a pas fait valoir que la différence dans les prescriptions concernant le repérage et la vérification en elles-mêmes empêchait le thon mexicain d'accéder au label *Dolphin Safe*. En fait, de l'avis du Mexique, "l'absence de prescriptions suffisantes concernant ... l'enregistrement des données [et] la vérification ... pour le thon utilisé pour élaborer des produits du thon en provenance des États-Unis et d'autres pays signifie que les produits du thon mexicains perdent des possibilités de concurrence par rapport aux produits du thon qui peuvent être étiquetés *Dolphin Safe* de façon inexacte".⁶⁷⁵

7.459. En réponse, les États-Unis ont fait valoir qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre l'effet préjudiciable et les prescriptions différentes concernant l'enregistrement des données ainsi que le repérage et la vérification.⁶⁷⁶

7.460. Les États-Unis ont également allégué que, bien que l'allégation du Mexique ait été fondée sur l'assertion selon laquelle "les producteurs [étaient] désavantagés par rapport à leurs concurrents non visés par l'AIDCP dans la mesure où les concurrents [étaient] autorisés à désigner de façon inexacte leurs produits du thon comme étant *Dolphin Safe* ... alors que les producteurs mexicains, en raison des prescriptions strictes de l'AIDCP concernant l'enregistrement des données, ne [pouvaient] pas commettre une fraude de la même importance", le Mexique n'avait fourni *aucun* élément de preuve à l'appui de l'affirmation selon laquelle les pouvoirs publics et les citoyens des États-Unis avaient été victimes d'une fraude à l'échelle de l'ensemble de la branche de production au cours des deux dernières décennies.⁶⁷⁷

7.461. Enfin, les États-Unis ont fait valoir que la distinction dont le Mexique se plaignait était "créée par l'AIDCP, et non par la mesure des États-Unis. De fait, si les États-Unis éliminaient toutes les références à l'AIDCP (et à ses prescriptions) dans la mesure modifiée, la distinction réglementaire que le Mexique critique existerait toujours".⁶⁷⁸

7.462. Dans son analyse au titre de l'article 2.1, le Groupe spécial a rejeté les arguments des États-Unis. Il a constaté que, même s'il était vrai que "[c]e que la législation des États-Unis exige[ait], c'[était] que les producteurs mexicains présentent des formulaires 370 indiquant le numéro de repérage prescrit par l'AIDCP", alors que "[l]es prescriptions effectives concernant l'enregistrement des données et la vérification dont le Mexique se plai[gnaient] figur[aient] dans l'AIDCP"⁶⁷⁹, il n'en demeurerait pas moins que, comme elle incorporait ces prescriptions de l'AIDCP, la mesure concernant le thon elle-même créait une distinction réglementaire qui subordonnait l'accès au label *Dolphin Safe* des États-Unis à des critères différents en fonction du lieu et du mode de capture du thon.⁶⁸⁰

7.463. Après avoir examiné tous les éléments de preuve qui lui avaient été présentés, le Groupe spécial a finalement conclu que le système en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP était moins contraignant que le système en place dans cette pêcherie, et modifiait donc les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains. Il a également reconnu le bien-fondé de l'argument du Mexique selon

⁶⁷⁴ Voir la deuxième communication écrite du Mexique, paragraphes 202 et 204.

⁶⁷⁵ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 117.

⁶⁷⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 223.

⁶⁷⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 247; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 96.

⁶⁷⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 244.

⁶⁷⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 98.

⁶⁸⁰ Voir plus haut les paragraphes 7.171 à 7.179.

lequel le système en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP pouvait contribuer à l'étiquetage inexact du thon capturé lors des opérations ou des autres déploiements d'engins au cours desquels des dauphins étaient tués ou gravement blessés⁶⁸¹, bien qu'il n'ait pas jugé nécessaire de formuler une constatation définitive sur ce point.

7.464. De l'avis du Groupe spécial, ces constatations de fait amènent à conclure que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994. Dans la mesure où les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification imposent des prescriptions concernant le repérage et la vérification moins contraignantes à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon accorde au thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP un avantage qui n'est pas immédiatement et sans condition accordé au thon capturé par ces grands navires. Les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, pour l'essentiel, soumettent le thon capturé par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP à des conditions additionnelles pour l'accès au label *Dolphin Safe*, et dans la mesure où le système en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est moins contraignant, les conditions additionnelles imposées dans cette pêcherie de l'ETP compromettent l'égalité des possibilités de concurrence que l'article I:1 du GATT de 1994 protège.

7.465. Par conséquent, nous constatons que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification qui figurent dans la mesure modifiée concernant le thon sont incompatibles avec l'article I:1 du GATT de 1994.

7.466. Avant de conclure, nous notons que dans sa deuxième communication écrite, le Mexique fait valoir que ce qu'il considère comme étant une action unilatérale des États-Unis consistant à concevoir et appliquer les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* de la mesure modifiée concernant le thon est un autre élément étayant son allégation selon laquelle la mesure est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994. Spécifiquement, selon lui, le régime *Dolphin Safe* unilatéral de la mesure modifiée concernant le thon a pour effet délibéré d'exercer des pressions sur le Mexique pour qu'il modifie ses pratiques de pêche au thon, alors même que ces pratiques sont déjà entièrement conformes au régime d'étiquetage *Dolphin Safe* très efficace de l'AIDCP, convenu dans le cadre de négociations multinationales entre les États-Unis, le Mexique et les autres membres de la CITT. Le Mexique fait valoir que dans la mesure où il refuse de céder aux pressions extraterritoriales unilatérales imposées par les États-Unis, la grande majorité de ses produits du thon se voient refuser l'avantage de l'accès au label *Dolphin Safe* sur le marché des États-Unis même si ces produits répondent entièrement aux conditions requises pour l'accès au label *Dolphin Safe* de l'AIDCP ailleurs.⁶⁸²

7.467. En réponse, les États-Unis avancent trois arguments. Premièrement, ils font valoir que les recommandations et décisions de l'ORD n'établissaient pas que l'effet préjudiciable causé par la mesure des États-Unis était un facteur d'application "unilatérale" et que, par conséquent, ils ne voient pas très bien quelle constatation le Mexique demande au Groupe spécial ou quel serait le fondement factuel proposé. Deuxièmement, selon les États-Unis, l'argument est dénué de fondement parce que les mesures des Membres sont, par définition, unilatérales et que l'Organe d'appel a constaté dans la procédure initiale que l'objectif de la mesure concernant le thon n'était pas de "contraindre" le Mexique. Enfin, les États-Unis affirment que l'argument du Mexique ne tient pas compte du fait que l'encerclement des dauphins, qui dans le cadre de l'AIDCP est admis pour la capture du thon *Dolphin Safe*, cause des dommages aux dauphins même si aucun dauphin tué ou gravement blessé n'est observé au cours d'une opération particulière, et que, par conséquent, le régime de l'AIDCP ne correspond pas au niveau de protection choisi par les États-Unis en ce qui concerne ces dauphins.⁶⁸³

⁶⁸¹ Voir plus haut le paragraphe 7.382. Comme le Groupe spécial l'a indiqué plus haut, il n'a pas besoin de faire une détermination finale sur le point de savoir si le système en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP contribue effectivement, dans chaque cas, à un étiquetage inexact. Cette détermination exigerait un examen détaillé des divers facteurs qui peuvent aussi contribuer à la possibilité d'un étiquetage inexact. De l'avis du Groupe spécial, cette analyse n'est pas nécessaire en l'espèce. Le simple fait que la charge imposée à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est moindre que celle qui est imposée dans cette pêcherie est suffisant pour justifier une constatation de violation au titre de l'article I:1.

⁶⁸² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 208.

⁶⁸³ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 77, note de bas de page 141.

7.468. Le Groupe spécial n'a pas besoin de se prononcer sur ce point, étant donné qu'il a déjà constaté pour des raisons différentes que la mesure modifiée concernant le thon était incompatible avec l'article I:1.

7.6.2 Article III:4 du GATT de 1994

7.6.2.1 Critère juridique

7.469. La partie pertinente de l'article III:4 dispose ce qui suit:

Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur.

7.470. Il faut démontrer l'existence de trois éléments pour établir qu'une mesure est incompatible avec l'article III:4:

i) les produits importés et nationaux sont des "produits similaires"; ii) la mesure en cause est "[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) le traitement auquel les produits importés sont soumis est "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires.⁶⁸⁴

7.471. Le Groupe spécial note que les parties sont d'accord sur le critère juridique qu'il convient d'appliquer en ce qui concerne les première et deuxième étapes.⁶⁸⁵

7.472. En ce qui concerne le premier élément, l'Organe d'appel a expliqué que pour déterminer si des produits étaient similaires, un groupe spécial devrait examiner au cas par cas tous les critères pertinents, y compris i) les propriétés, la nature et la qualité des produits, c'est-à-dire leurs caractéristiques physiques; ii) les utilisations finales des produits; iii) les goûts et habitudes des consommateurs, également appelés perceptions et comportement des consommateurs, en ce qui concerne les produits; et iv) la classification tarifaire des produits.⁶⁸⁶

7.473. L'Organe d'appel a aussi précisé, toutefois, que les critères susmentionnés ne constituaient pas "une liste de critères énoncée dans un accord ni ... une liste définitive qui déterminer[ait] la qualification juridique des produits".⁶⁸⁷ Il a expliqué que dans chaque affaire, tous les éléments de preuve pertinents, qu'ils se rapportent ou non à l'un de ces critères, devaient être examinés et pris en compte par les groupes spéciaux pour déterminer si des produits étaient – ou pouvaient être – dans un rapport de concurrence sur le marché, c'est-à-dire étaient "similaires". Il a expliqué que lorsque tous les éléments de preuve pertinents avaient été examinés, les groupes spéciaux devaient déterminer si ces éléments de preuve, dans leur ensemble, indiquaient que les produits en question étaient "similaires" au regard de la disposition juridique en cause.⁶⁸⁸

7.474. En ce qui concerne le deuxième élément, le Groupe spécial note que des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont donné une interprétation large de ce qui relève des "lois et règlements" dans le contexte de l'article III:4.

7.475. En ce qui concerne le troisième élément, le Mexique rappelle les constatations formulées par l'Organe d'appel dans des différends antérieurs et souligne que i) "[l]a question pertinente est ... de savoir si ces différences de réglementation faussent les conditions de concurrence au détriment des produits importés"; ii) au titre de l'article III:4, un groupe spécial n'est pas tenu

⁶⁸⁴ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.99.

⁶⁸⁵ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 317 à 319; première communication écrite des États-Unis, paragraphes 292 et 293.

⁶⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Amiante*, paragraphe 101.

⁶⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Amiante*, paragraphe 101.

⁶⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Amiante*, paragraphe 103.

d'examiner si l'effet préjudiciable d'une mesure sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime; et iii) la question de savoir si l'effet préjudiciable d'une mesure est sans rapport avec l'origine étrangère des produits importés est dénuée de pertinence pour l'analyse d'une allégation au titre de l'article III:4, de sorte qu'il n'y a rien à "examiner en plus" à cet égard.⁶⁸⁹

7.476. Les États-Unis soulignent que l'obligation de non-discrimination énoncée à l'article III:4 "vise, fondamentalement, à prohiber les mesures discriminatoires", et que ce qu'elle exige, c'est "l'égalité effective des possibilités pour les produits importés de concurrencer les produits nationaux similaires". De l'avis des États-Unis, une mesure ne peut pas enfreindre l'article III:4 du GATT de 1994 à moins qu'il n'existe une "véritable relation entre la mesure en cause et son incidence défavorable sur les possibilités de concurrence des produits importés".⁶⁹⁰

7.477. Le Groupe spécial rappelle que l'Organe d'appel a établi les affirmations suivantes en ce qui concerne l'article III:4 du GATT de 1994. Premièrement, l'expression "traitement non moins favorable" exige l'égalité effective des possibilités pour les produits importés de concurrencer les produits nationaux similaires. Deuxièmement, une différence formelle de traitement entre les produits importés et les produits nationaux similaires n'est ni nécessaire ni suffisante pour établir que les produits importés sont soumis à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires. Troisièmement, puisque l'article III:4 porte sur la garantie de l'égalité effective des possibilités de concurrence des produits importés, une détermination sur le point de savoir si les produits importés sont traités d'une manière moins favorable que les produits nationaux similaires suppose une évaluation des conséquences de la mesure contestée pour l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux similaires; si le résultat de cette évaluation est que la mesure a un effet préjudiciable sur les conditions de concurrence des produits importés similaires, cet effet préjudiciable équivaudra à un traitement qui est "moins favorable" au sens de l'article III:4. Enfin, pour qu'il soit constaté qu'une mesure modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits importés, il doit exister une "véritable relation" entre la mesure en cause et son incidence défavorable sur les possibilités de concurrence des produits importés.⁶⁹¹

7.478. L'Organe d'appel a précisé que pour déterminer si l'effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires était imputable à la mesure en cause, ou avait une véritable relation avec elle, la question pertinente était "celle de savoir si c[était] la mesure gouvernementale en cause qui "affect[ait] les conditions dans lesquelles des produits similaires, nationaux et importés, [étaient] en concurrence sur le marché du territoire d'un Membre"".⁶⁹²

7.479. Fait important, l'Organe d'appel a également dit qu'aux fins d'une analyse au titre de l'article III:4, un groupe spécial n'était pas tenu d'examiner si l'effet préjudiciable d'une mesure sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.⁶⁹³

7.480. Par conséquent, pour évaluer le troisième élément du critère juridique, c'est-à-dire la question de savoir si le traitement accordé aux produits importés par la mesure modifiée concernant le thon est "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires, le Groupe spécial examinera si la mesure en cause a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires, ou si l'incidence défavorable sur les possibilités de concurrence des produits importés est imputable à la mesure en cause, ou a une véritable relation avec elle.

7.481. Avant de poursuivre, le Groupe spécial note que le critère du "traitement moins favorable" énoncé à l'article III:4 du GATT de 1994 est très semblable au premier élément du critère du "traitement moins favorable" énoncé à l'article 2.1 de l'Accord OTC. De fait, l'Organe d'appel a lui-même reconnu que même si le critère juridique prévu dans les deux dispositions n'était pas le

⁶⁸⁹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphes 216 à 219 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 128, et les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.117 et 5.104).

⁶⁹⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 295.

⁶⁹¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.101.

⁶⁹² Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.105.

⁶⁹³ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.117.

même, il y avait néanmoins un lien étroit entre le critère prévu à l'article III:4 et l'analyse de l'effet préjudiciable devant être effectuée au titre du premier élément de l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁶⁹⁴ D'après ce que le Groupe spécial croit comprendre, la principale différence entre les deux dispositions tient à ce que, alors que montrer l'existence d'un effet préjudiciable est en soi suffisant pour établir l'existence d'une violation de l'article III:4 du GATT de 1994, une analyse supplémentaire du point de savoir si le traitement préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime peut être nécessaire au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, du moins lorsque le traitement préjudiciable indiqué est *de facto*.

7.6.2.2 Application

7.6.2.2.1 Arguments des parties

7.482. Le Mexique fait valoir que les trois caractéristiques contestées de la mesure modifiée concernant le thon (les critères d'admissibilité et les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification) accordent au thon et aux produits du thon similaires du Mexique un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits du thon des États-Unis, et sont donc incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994.⁶⁹⁵

7.483. Le Mexique rappelle que dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a constaté que l'accès au label *Dolphin Safe* constituait un "avantage" sur le marché des États-Unis; que l'absence d'accès au label *Dolphin Safe* avait un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence du thon et des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis; et que l'intervention des pouvoirs publics, sous la forme de l'adoption et de l'application des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*, affectait les conditions dans lesquelles du thon et des produits du thon similaires, nationaux et importés, étaient en concurrence sur le marché des États-Unis. Par ailleurs, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté que la plupart des thons capturés par des navires mexicains 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 des thons capturés par des navires des États-Unis, par des méthodes autres que l'encerclement des dauphins, sont susceptibles d'avoir le droit d'utiliser le label.

7.484. Le Mexique fait valoir que c'est toujours le cas.⁶⁹⁶ Selon lui, les constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel s'appliquent également en ce qui concerne la mesure modifiée concernant le thon, parce qu'aucune des modifications apportées à la mesure modifiée concernant le thon n'a atténué ou éliminé l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains importés causé par les différences dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*. De l'avis du Mexique, la mesure modifiée concernant le thon accorde aux produits du thon mexicains importés un traitement qui est "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires sur le marché des États-Unis.⁶⁹⁷

7.485. Les États-Unis font valoir que le Mexique n'établit pas que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994.⁶⁹⁸

7.486. Tout d'abord, les États-Unis estiment que l'allégation du Mexique au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 se limite aux prescriptions différentes en matière d'admissibilité qui excluent le thon capturé par encerclement des dauphins pour ce qui est de l'accès au label *Dolphin Safe*. Ils soulignent que le Mexique ni n'allègue ni ne prouve que tous autres aspects de la mesure modifiée, les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994.⁶⁹⁹

7.487. En outre, les États-Unis font valoir que le Mexique n'établit pas que la mesure contestée accorde un traitement différent aux produits du thon similaires des États-Unis et du Mexique. Ils

⁶⁹⁴ Voir par exemple le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 179 et 180.

⁶⁹⁵ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 317.

⁶⁹⁶ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 329.

⁶⁹⁷ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 221.

⁶⁹⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 295.

⁶⁹⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 139.

soulignent que la mesure établit les *mêmes* prescriptions en matière d'admissibilité pour tous les produits du thon vendus aux États-Unis – pour être admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*, aucun thon ne peut être capturé par encerclement des dauphins et aucun thon ne peut être capturé alors qu'un dauphin a été tué ou gravement blessé. Ils rappellent que les prescriptions établies par la mesure modifiée concernant le thon ne diffèrent pas selon la nationalité du navire ou de l'entreprise de transformation, de la pêche dans laquelle le thon a été capturé ou des engins de pêche utilisés pour capturer le thon.⁷⁰⁰

7.488. Les États-Unis rappellent les constatations du Groupe spécial initial et font valoir, entre autres choses, que l'effet défavorable subi par les produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis n'est pas une conséquence du fait que la mesure elle-même désavantage les producteurs mexicains par rapport aux producteurs des États-Unis, de la Thaïlande, des Philippines, etc. Au contraire, il s'agit d'une conséquence des "pratiques de pêche et d'achat, de l'emplacement géographique, de l'intégration relative des différents segments de la production, et des choix économiques et choix de commercialisation" des différents producteurs de thon.⁷⁰¹

7.489. Les États-Unis critiquent également ce qu'ils considèrent comme le fait que le Mexique s'appuie *exclusivement* sur les effets de la mesure modifiée concernant le thon dans son argumentation au titre de l'article III:4. À leur avis, cette approche a pour conséquence absurde que des mesures pourraient *devenir* incompatibles avec l'article III:4 en fonction entièrement des choix privés effectués par les branches de production des différents Membres.⁷⁰² Pour les États-Unis, du fait de l'approche du Mexique, le fondement des prescriptions réglementaires devient absolument sans importance pour l'analyse du traitement national au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Les États-Unis font valoir que l'approche du Mexique affaiblirait considérablement la capacité d'un Membre de réglementer dans l'intérêt public.⁷⁰³

7.6.2.2.2 Analyse par le Groupe spécial

7.490. La tâche du Groupe spécial dans la présente partie de son rapport consiste à examiner si le Mexique a établi *prima facie* que la mesure modifiée concernant le thon a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence de ses produits du thon similaires.

7.491. Tout d'abord, le Groupe spécial juge nécessaire de préciser le champ des éléments de la mesure modifiée concernant le thon qui devraient être examinés dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994. Comme il est indiqué plus haut, les États-Unis font valoir que l'allégation du Mexique au titre de l'article III:4 se rapporte uniquement aux critères d'admissibilité, et ne concerne pas les prescriptions différentes concernant la certification ni les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification.⁷⁰⁴

7.492. Comme c'était le cas pour l'allégation du Mexique au titre de l'article I:1 du GATT de 1994, nous notons que le Mexique a formulé son allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 sous l'angle de "la différence dans les conditions d'étiquetage".⁷⁰⁵ C'est *cette* "différence" que le Mexique conteste.⁷⁰⁶ À notre avis, l'expression "différence dans les conditions d'étiquetage" n'englobe visiblement pas juste les critères d'admissibilité; l'emploi du terme "conditions" au pluriel indique que la contestation du Mexique porte également sur d'autres aspects ou caractéristiques de la mesure modifiée concernant le thon qui, de l'avis du Mexique, traitent le thon et les produits du thon mexicains différemment du thon et des produits du thon nationaux similaires. Pour cette raison, nous examinerons si l'une quelconque des trois caractéristiques de la mesure indiquées par le Mexique – les critères d'admissibilité, les prescriptions différentes concernant la certification, et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification – modifie les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon mexicains, en violation de l'article III:4.

⁷⁰⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 297.

⁷⁰¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 299.

⁷⁰² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 142.

⁷⁰³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 302 à 314; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 142.

⁷⁰⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 277.

⁷⁰⁵ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 220.

⁷⁰⁶ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 221.

7.493. Le Groupe spécial va maintenant examiner sur le fond des arguments des parties. Nous commençons par noter qu'il apparaît que le Mexique fait fond sur l'argumentation qu'il a développée dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC pour étayer son allégation selon laquelle la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec les prescriptions de l'article III:4 du GATT de 1994.⁷⁰⁷

7.494. Comme nous l'avons indiqué plus haut dans le contexte de notre analyse au titre de l'article I:1 du GATT de 1994, nous pensons qu'il est approprié que nous fassions référence aux constatations factuelles et juridiques que nous avons formulées dans le cadre de notre analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, parce que, comme nous l'avons expliqué, l'Organe d'appel a clairement indiqué que même si les critères du "traitement moins favorable" prévus aux articles 2.1 de l'Accord OTC et III:4 du GATT de 1994 n'étaient pas identiques, ils incluaient tous deux la question de savoir si la mesure en cause "modifi[ait] les conditions de concurrence sur le marché du Membre qui réglement[ait] au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux similaires".⁷⁰⁸ De fait, nous pensons qu'il serait rare qu'un groupe spécial ayant constaté qu'une mesure modifie de façon préjudiciable les conditions de concurrence au sens du premier élément de l'article 2.1 de l'Accord OTC constate que la même mesure n'accorde pourtant pas un traitement moins favorable au sens de l'article III:4 du GATT de 1994.

7.495. Comme l'analyse par le Groupe spécial du critère juridique prévu à l'article III:4 l'indique, l'examen prescrit par l'article III:4 ressemble beaucoup à l'examen prescrit par le premier élément de l'article 2.1 de l'Accord OTC. En fait, d'après ce que le Groupe spécial croit comprendre, la question de droit fondamentale à laquelle il faut répondre au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 comme du premier élément de l'article 2.1 de l'Accord OTC est, à toutes fins utiles, la même: il s'agit de savoir si oui ou non la mesure en cause "modifie les conditions de concurrence sur le marché du Membre qui réglemente au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux similaires".⁷⁰⁹ L'Organe d'appel a constamment utilisé cette formulation pour décrire tant la première étape de l'examen au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC que la question en cause à l'article III:4 du GATT de 1994.⁷¹⁰ De l'avis du Groupe spécial, il est donc approprié d'appliquer les constatations que nous avons formulées dans le contexte de la première étape de l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994.

7.496. Le Groupe spécial commence par rappeler les constatations qu'il a formulées dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article I:1 du GATT de 1994 selon lesquelles, ainsi que les parties en conviennent, le thon et les produits du thon visés par le présent différend sont "similaires". Cette constatation de fait s'applique également dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994, qui concerne de la même façon le traitement des "produits similaires". Par conséquent, le Groupe spécial constate qu'aux fins de l'article III:4 du GATT de 1994, tous les thons et les produits du thon sont "similaires".

7.497. Le Groupe spécial va maintenant examiner si les trois caractéristiques de la mesure modifiée concernant le thon indiquées par le Mexique modifient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique, en contravention à l'article III:4 du GATT de 1994.

7.498. S'agissant des critères d'admissibilité, le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a formulées concernant cet aspect de la mesure modifiée concernant le thon au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article I:1 du GATT de 1994. Il a constaté à cet égard, après une analyse séparée de l'effet préjudiciable au titre de l'article I:1 du GATT de 1994, que les critères d'admissibilité modifiaient les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains parce qu'ils empêchaient certains produits du thon d'accéder au label *Dolphin Safe*, lequel constituait un avantage économique précieux sur le marché des États-Unis.

⁷⁰⁷ Par exemple, deuxième communication écrite du Mexique, paragraphes 220 et 221.

⁷⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 180.

⁷⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 180.

⁷¹⁰ Voir, plus récemment, les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.101 (constatant qu'une mesure constituera une violation de l'article III:4 lorsqu'elle "[aura] une incidence préjudiciable sur les conditions de concurrence des produits importés similaires").

7.499. Appliquant cette constatation dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial constate que les critères d'admissibilité prévus par la mesure modifiée concernant le thon modifient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique.

7.500. S'agissant des prescriptions différentes concernant la certification, le Groupe spécial a de même constaté dans le contexte de la première partie de son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC que cette caractéristique de la mesure modifiée concernant le thon modifiait les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique. Cela tient au fait que ces prescriptions imposent une charge moins lourde pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP que pour le thon capturé dans cette pêcherie, et peuvent contribuer à un étiquetage inexact.

7.501. Appliquant cette constatation dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial constate que les prescriptions différentes concernant la certification prévues par la mesure modifiée concernant le thon modifient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique.

7.502. Enfin, s'agissant des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial a constaté dans le contexte de la première partie de son analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC que cette caractéristique de la mesure modifiée concernant le thon modifiait les conditions de concurrence sur le marché du thon des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique. Cela tient au fait que ces prescriptions imposent une charge moins lourde pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP que pour le thon capturé dans cette pêcherie, et peuvent également contribuer à un étiquetage inexact.⁷¹¹

7.503. Appliquant cette constatation dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial constate que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon modifient les conditions de concurrence au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique.

7.504. Compte tenu de ces constatations, le Groupe spécial conclut que la mesure modifiée concernant le thon, y compris les trois distinctions réglementaires indiquées par le Mexique, est donc incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994.

7.7 Moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX du GATT de 1994

7.505. Les États-Unis estiment que si la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec les articles I^{er} et/ou III du GATT de 1994, elle est néanmoins justifiée au regard de l'article XX de cet accord. L'article XX prévoit certaines exceptions aux obligations de fond énoncées dans le GATT de 1994.⁷¹² La charge d'établir qu'une mesure par ailleurs incompatible avec le GATT satisfait aux prescriptions de l'une des exceptions figurant dans l'article XX incombe à la partie qui l'invoque, en l'espèce les États-Unis.⁷¹³

7.506. L'article XX du GATT de 1994 énonce des prescriptions à la fois dans ses alinéas et dans son texte introductif. Ainsi que l'a noté l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Essence*, l'analyse au titre de l'article XX est "double: premièrement, justification provisoire de la mesure au

⁷¹¹ Comme le Groupe spécial l'a indiqué plus haut, il n'a pas besoin de faire une détermination finale sur le point de savoir si le système en place à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP contribue effectivement, dans chaque cas, à un étiquetage inexact. Cette détermination exigerait un examen détaillé des divers facteurs qui peuvent aussi contribuer à la possibilité d'un étiquetage inexact. De l'avis du Groupe spécial, cette analyse n'est pas nécessaire en l'espèce. Le simple fait que la charge imposée à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes ETP est moindre que celle qui est imposée dans cette pêcherie est suffisant pour justifier une constatation de violation au titre de l'article I:1.

⁷¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 157.

⁷¹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25.

motif qu'elle relève de [l'un ou plusieurs des alinéas]; deuxièmement, nouvelle évaluation de la même mesure au regard des clauses introductives de l'article XX".⁷¹⁴

7.507. En l'espèce, les États-Unis font valoir que si la mesure modifiée concernant le thon est jugée incompatible avec les articles I^{er} et/ou III du GATT de 1994, elle est néanmoins justifiée au regard de l'article XX b), en tant que mesure nécessaire à la protection de la santé des dauphins et au regard de l'article XX g), en tant que mesure se rapportant à la conservation de ressources naturelles.⁷¹⁵

7.508. Le Mexique rejette le moyen de défense des États-Unis. Selon lui, eu égard à ses objectifs – 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 manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins⁷¹⁶ –, la mesure modifiée concernant le thon ne "relève" pas des exceptions générales prévues à l'alinéa b) ou à l'alinéa g) de l'article XX du GATT de 1994. Le Mexique fait également valoir que les divers éléments et prescriptions de cette mesure ne respectent pas les prescriptions du texte introductif de l'article XX.⁷¹⁷

7.509. Le Groupe spécial examinera tout d'abord l'invocation de l'article XX g) du GATT de 1994 par les États-Unis pour justifier les incompatibilités de la mesure modifiée concernant le thon avec les articles I^{er} et III.

7.7.1 Article XX g)

7.7.1.1 Critère juridique au titre de l'article XX g)

7.510. Le Groupe spécial commence par noter que, d'une manière générale, les parties conviennent que ce sont les prescriptions dont il est constaté qu'elles causent l'incompatibilité avec la disposition particulière du GATT qui doivent être justifiées au regard des alinéas de l'article XX. Nous pensons que cela est correct en droit.⁷¹⁸ Par conséquent, dans le présent contexte, le Groupe spécial doit déterminer si les prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble, y compris ses critères d'admissibilité et ses prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, sont justifiées au regard de l'article XX g).⁷¹⁹

7.511. L'article XX g) concerne les mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables. Pour déterminer si la mesure modifiée concernant le thon est justifiée au regard de l'article XX g), les États-Unis assument la charge de démontrer que leur mesure: i) se rapporte à la conservation ii) d'une ressource naturelle épuisable, et iii) est appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales. Bien qu'il comporte différents éléments, l'article XX g) énonce en définitive un critère unique et la conformité d'une mesure avec l'article XX g) peut être déterminée uniquement sur la base d'une évaluation globale.⁷²⁰

⁷¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 24.

⁷¹⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 317.

⁷¹⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 14.

⁷¹⁷ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphes 230 à 240; 311 à 340.

⁷¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, pages 17 et 18.

⁷¹⁹ L'Organe d'appel a indiqué clairement que "les aspects d'une mesure devant être justifiés au regard des alinéas de l'article XX [étaient] ceux qui donn[ai]ent lieu à la constatation d'incompatibilité au titre du GATT de 1994". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.185 ("Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel a précisé que ce n'étaient pas les conclusions juridiques de l'incompatibilité avec le GATT formulées par un groupe spécial qui devaient être justifiées au regard de l'article XX, mais les dispositions d'une mesure qui étaient contraires au GATT de 1994. De même, dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, l'Organe d'appel a dit que l'analyse d'un moyen de défense au titre de l'article XX d) devrait être axée sur l'[a] "différence[]" dans la réglementation des importations et des produits nationaux similaires" donnant lieu à la constatation de l'existence d'un traitement moins favorable au titre de l'article III:4. Ainsi, les aspects d'une mesure devant être justifiés au regard des alinéas de l'article XX sont ceux qui donnent lieu à la constatation d'incompatibilité au titre du GATT de 1994.").

⁷²⁰ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.94.

7.512. En ce qui concerne la première clause de l'article XX g), "se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables", l'Organe d'appel a observé, en se référant au préambule de l'Accord de Marrakech, que le contenu ou la référence de l'expression "ressources naturelles" employée à l'article XX g) n'était pas "statique[]" mais était plutôt "par définition évolutif[)".⁷²¹ Le mot "conservation", quant à lui, désignait "la préservation de l'environnement, en particulier de ressources naturelles".⁷²² L'Organe d'appel dans l'affaire *Chine – Terres rares* a expliqué ce qui suit:

[A]ux fins de l'article XX g), les contours précis du mot "conservation" ne peuvent être pleinement compris que dans le contexte de la ressource naturelle épuisable en cause dans un différend donné. En ce qui concerne la "conservation" d'une ressource naturelle vivante, comme une espèce menacée d'extinction, le mot peut englober non seulement une limitation ou un arrêt des activités créant le danger d'extinction, mais aussi une aide au renouvellement de cette espèce menacée.⁷²³

7.513. L'Organe d'appel a expliqué aussi que pour qu'une mesure "se rapporte à" la conservation au sens de l'article XX g), il devait y avoir "une relation étroite et véritable entre la fin et les moyens"⁷²⁴ entre cette mesure et l'objectif de conservation. En ce sens, nous pensons comme le Mexique que la mesure contestée doit maintenir un certain "lien" avec l'objectif de politique générale légitime que constitue la conservation des ressources naturelles épuisables.

7.514. En outre, l'article XX g) exige que le Membre qui réglemente montre que sa mesure est "appliquée[] conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales", ce qui a été interprété comme une prescription imposant que la mesure contestée et les restrictions nationales connexes "fonctionnent de concert".⁷²⁵ Comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans l'affaire *Chine – Terres rares*:

[L]e membre de phrase "appliquées conjointement avec" exige que lorsque le commerce international est restreint, des restrictions effectives soient aussi imposées à la production ou à la consommation nationales. Tout comme les mesures incompatibles avec le GATT imposent des limitations au commerce international, les restrictions nationales doivent imposer des limitations à la production ou à la consommation nationales. Autrement dit, pour respecter l'élément "appliquées" de la deuxième clause de l'article XX g), un Membre doit imposer des restrictions "réelles" à la production ou à la consommation nationales qui renforcent et complètent la restriction au commerce international, et cela en particulier dans des circonstances où la consommation nationale absorbe une grande partie des ressources naturelles épuisables à conserver.⁷²⁶

7.515. En l'espèce, les parties sont généralement d'accord sur les éléments du critère juridique mais sont en désaccord quant à son application.

7.7.1.2 Application

7.7.1.2.1 Arguments des parties

7.516. Les États-Unis font valoir que les dauphins sont une ressource naturelle épuisable⁷²⁷, et que la mesure modifiée "se rapporte" clairement à la conservation des dauphins. Ils soulignent que le Groupe spécial initial a constaté, et l'Organe d'appel a confirmé, que l'un des objectifs du régime d'étiquetage du thon était la protection des dauphins. À leur avis, cette constatation établit clairement que la "relation substantielle" requise entre la mesure modifiée concernant le thon et l'objectif de conservation existe.⁷²⁸ Les États-Unis rappellent la constatation du Groupe spécial

⁷²¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 130.

⁷²² Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 355.

⁷²³ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.89.

⁷²⁴ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 136; *Chine – Matières premières*, paragraphe 355.

⁷²⁵ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphes 5.88 et 5.94.

⁷²⁶ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.132 (mentions internes omises).

⁷²⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 325.

⁷²⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 327.

initial et de l'Organe d'appel selon laquelle la mesure initiale pouvait réaliser son objectif de protection des dauphins de manière totale dans l'ETP et partielle à l'extérieur de l'ETP. Selon eux, en maintenant l'exclusion du thon capturé par la méthode de pêche "particulièrement dommageable"⁷²⁹ de l'encerclement des dauphins, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP, pour ce qui est de l'accès au label *Dolphin Safe* et en étendant le système de certification à l'extérieur de l'ETP pour exiger une déclaration selon laquelle aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors de l'opération ou de l'autre déploiement d'engins au cours duquel le thon a été capturé, la mesure modifiée "prend pleinement en compte" les risques causés par différentes méthodes de pêche au thon dans différents océans et, à ce titre, contribue clairement à la conservation des dauphins.⁷³⁰

7.517. Les États-Unis soulignent que, au titre de la mesure modifiée, tous les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins sont inadmissibles au bénéfice du label, quelles que soient la pêche, la nationalité du navire ou la nationalité de l'entreprise de transformation, et que cela vaut aussi pour tous les produits du thon contenant du thon capturé lors d'une opération ou d'un déploiement d'engins au cours duquel un dauphin a été tué ou gravement blessé.⁷³¹ Ils font valoir que la mesure modifiée concernant le thon va encore plus loin que la mesure initiale dans la protection des dauphins en appliquant un mécanisme de certification (la certification du capitaine) dont le Groupe spécial initial a constaté qu'il "[pouvait] réaliser" l'objectif des États-Unis dans le contexte de l'encerclement des dauphins à l'extérieur de l'ETP.⁷³² Ils font valoir, par conséquent, que la mesure modifiée concernant le thon apporte une contribution à la protection des dauphins (à l'intérieur et à l'extérieur de l'ETP) qui satisfait au critère "se rapportant à la conservation". De plus, ils estiment que son caractère neutre quant à l'origine indique que la mesure modifiée concernant le thon impose aux producteurs de thon des États-Unis la même charge liée à la conservation que celle qu'elle impose aux producteurs de thon étrangers.

7.518. Le Mexique ne conteste pas que les dauphins sont une ressource naturelle épuisable. Toutefois, il fait valoir que la mesure modifiée concernant le thon ne se rapporte pas à la conservation des ressources naturelles épuisables. Selon lui, cette mesure ne vise pas à conserver les stocks de dauphins pendant les opérations de pêche au thon dans l'ETP ni à promouvoir la reconstitution de ces stocks. Le Mexique affirme que le lien de la mesure modifiée avec la protection des dauphins est si ténu que la mesure ne "se rapporte [même pas] à" la conservation des dauphins. Selon lui, la conservation des populations de dauphins n'est qu'un "objectif indirect" de la mesure⁷³³, car il n'y a pas de "protection effective" à l'extérieur de l'ETP.⁷³⁴ Pour le Mexique, les dauphins ne sont donc en aucune façon "conservés" à l'extérieur de l'ETP.⁷³⁵ Selon lui, l'absence de protection accordée aux dauphins par la mesure modifiée concernant le thon à l'extérieur de l'ETP montre que cette mesure n'a pas de relation substantielle, étroite et réelle avec la conservation ou la préservation des dauphins.⁷³⁶

7.519. Le Mexique fait valoir aussi que la mesure modifiée concernant le thon n'est pas appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales. Selon lui, les États-Unis n'ont pas suffisamment expliqué quelle sorte de restriction à la production ou à la consommation nationales était imposée par cette mesure. Le Mexique fait valoir que la mesure modifiée concernant le thon maintient des prescriptions concernant le repérage et la vérification qui sont insuffisantes s'agissant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP et des produits du thon en contenant. En outre, les prescriptions concernant la certification *Dolphin Safe* pour les produits du thon contenant du thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP sont elles-mêmes intrinsèquement invérifiables, peu fiables, inexacts, non exécutoires et donc vides de sens.⁷³⁷

⁷²⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 327.

⁷³⁰ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 190.

⁷³¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 328.

⁷³² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 187.

⁷³³ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 303.

⁷³⁴ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 299.

⁷³⁵ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 299.

⁷³⁶ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 303.

⁷³⁷ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 308.

7.7.1.2.2 Analyse par le Groupe spécial

7.520. Le Groupe spécial examine maintenant si les États-Unis ont démontré que la mesure modifiée concernant le thon (et en particulier les trois aspects de la mesure contestés par le Mexique: les critères d'admissibilité, les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification) était conforme à l'alinéa g) de l'article XX du GATT de 1994.

7.521. Comme nous l'avons noté plus haut, les deux parties conviennent que les dauphins sont une "ressource naturelle épuisable". Nous sommes d'accord.

7.522. Le Mexique fait cependant valoir que la mesure modifiée concernant le thon, y compris les trois conditions et prescriptions qu'il a indiquées, ne "*se rapporte* [pas] à" la "*conservation*" des dauphins; il ajoute aussi que cette mesure n'inclut aucune restriction nationale pertinente. Son principal argument est que la mesure dans son ensemble, et, en particulier, ses prescriptions moins contraignantes concernant les observateurs ainsi que le repérage et la vérification pour le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, n'a pas de *lien suffisant* avec l'objectif de conservation des dauphins.

7.523. Les parties conviennent⁷³⁸ que les objectifs généraux de la mesure modifiée concernant le thon sont les mêmes que les objectifs recherchés par la mesure initiale, à savoir: 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) faire 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 a des effets nuisibles sur les dauphins.

7.524. Selon ce que nous croyons comprendre, le Groupe spécial initial a constaté, et l'Organe d'appel a confirmé, que l'un des objectifs de la mesure initiale était de contribuer à la "protection" des dauphins.⁷³⁹ L'Organe d'appel a noté ce qui suit:

[L]e Groupe spécial a admis que ces objectifs étaient légitimes au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.⁷⁴⁰ Il a noté en outre que "comme l'[avaient] eux-mêmes exposé les États-Unis, leurs mesures cherch[aient] à contrer une série d'effets nuisibles des techniques de pêche sur les dauphins", y compris "les situations dans lesquelles des dauphins [étaient] tués ou gravement blessés".⁷⁴¹

7.525. À notre avis, cette déclaration confirme que l'un des objectifs du régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis est de contribuer à la protection des dauphins. En l'espèce, bien que le Groupe spécial admette que la conservation des dauphins est un objectif de politique générale relevant de l'alinéa g) de l'article XX, les États-Unis doivent néanmoins démontrer que leur mesure vise la conservation des dauphins ou "*se rapporte*" autrement à cette conservation.

7.526. Selon le Mexique, on ne peut pas dire de la mesure modifiée concernant le thon qu'elle se rapporte à la conservation, même si elle apporte une contribution marginale à la protection des dauphins. De l'avis du Mexique, cette mesure ne vise pas à conserver les stocks de dauphins pendant les opérations de pêche au thon dans l'ETP ni à promouvoir la reconstitution de ces stocks et, puisqu'il n'y a aucune "protection effective" dans le cas du thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, la mesure ne peut pas conserver, et ne conserve pas, les dauphins.⁷⁴²

⁷³⁸ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 297; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 319.

⁷³⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 242 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II* (paragraphe 7.401)).

⁷⁴⁰ (note de bas de page de l'original) Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.444. Comme nous l'expliquons dans la section suivante de notre rapport, un groupe spécial qui se prononce sur une allégation au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* est tenu de déterminer d'une manière objective l'objectif d'une mesure. Un groupe spécial doit également déterminer si l'objectif de la mesure est "légitime".

⁷⁴¹ (note de bas de page de l'original) Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.550.

⁷⁴² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 299.

7.527. Nous rappelons la clarification de l'Organe d'appel selon laquelle le terme "conservation" figurant à l'alinéa g) est large et inclut "non seulement une limitation ou un arrêt des activités créant le danger d'extinction, mais aussi une aide au renouvellement de cette espèce menacée".⁷⁴³ Nous pensons comme les États-Unis que le mot "conservation" (conservation) inclut aussi "the action of keeping from harm, decay, or loss; careful preservation," (l'action de mettre à l'abri d'un dommage, d'une dégradation ou d'une déperdition; préservation rigoureuse)⁷⁴⁴ et que cela ne se limite pas à la préservation des espèces ou des populations mais englobe également la protection des membres pris individuellement d'une espèce ou d'une population. À notre avis, rien dans le sens ordinaire du terme "conservation" ni dans la jurisprudence de l'Organe d'appel n'indique que la conservation visée à l'alinéa g) de l'article XX couvre seulement les mesures dont le but premier est la conservation des dauphins à l'échelle d'une population. Au contraire, nous pensons que la préservation de la vie des dauphins pris individuellement est tout autant un acte de conservation qu'un programme visant à encourager la reconstitution d'une population particulière. De fait, à notre avis, il existe un lien essentiel et indissociable entre la protection des dauphins à l'échelle individuelle et le "renouvellement d'une] espèce menacée" car c'est seulement par la protection des dauphins pris individuellement qu'une population elle-même peut être protégée, renouvelée et maintenue. À notre avis, par conséquent, le fait que la mesure modifiée concernant le thon a trait aux effets de la pêche au thon sur le bien-être des dauphins pris individuellement plus que sur l'état d'une population de dauphins particulière, considérée globalement ou statistiquement, n'invalide pas en lui-même le lien entre la mesure et l'objectif de conservation des ressources naturelles épuisables.

7.528. Nous notons dans ce contexte que le Groupe spécial initial a reconnu ce qui suit: "les effets nuisibles sur les dauphins visés par les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*, tels qu'ils sont décrits par les États-Unis, sont liés à la mortalité et aux blessures graves observées et non observées de dauphins pris individuellement au cours d'opérations de pêche au thon. De plus, ... dans la mesure où le fait de s'opposer à ces effets nuisibles "pourrait aussi être considéré comme s'efforcer de conserver les populations de dauphins", les objectifs des États-Unis incorporent aussi, au moins indirectement, des considérations concernant la conservation des stocks de dauphins".⁷⁴⁵

7.529. Nous pensons que les mesures conçues pour réduire le dommage causé aux dauphins dans le cadre des pratiques de pêche commerciales concernant la protection des dauphins et peuvent, par conséquent, être dûment considérées comme se rapportant à la conservation des dauphins. En conséquence, dans la mesure où l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon est de contribuer à la protection des dauphins, même à l'échelle individuelle, cette mesure peut être considérée comme se rapportant à la conservation des dauphins.

7.530. Selon ce que nous croyons comprendre, l'argument du Mexique est non seulement que l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon n'est pas la conservation des dauphins mais, en outre, que la mesure ne fonctionne pas ou n'opère pas d'une manière qui contribue effectivement à la protection des dauphins. En d'autres termes, selon le Mexique, le lien entre l'objectif de conservation et l'incidence effective de la mesure modifiée concernant le thon sur la conservation des dauphins est trop lointain.

7.531. Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel a dit que pour qu'une mesure "se rapporte à" la conservation, il devait y avoir une "relation substantielle" entre la mesure contestée et l'objectif de conservation.⁷⁴⁶ Il a répété dans l'affaire *Chine – Terres rares* que pour qu'une mesure se rapporte à la conservation, il devait exister "une relation étroite et véritable entre la fin et les moyens"⁷⁴⁷ entre la mesure contestée et l'objectif de conservation.

7.532. Le Groupe spécial initial a constaté que le régime d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis pouvait protéger les dauphins en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour encourager les pratiques de pêche pouvant tuer ou gravement blesser les dauphins, mais que la mesure faisait cela seulement dans l'ETP. En confirmant la détermination du Groupe spécial

⁷⁴³ Rapports du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.258.

⁷⁴⁴ Voir *Oxford English Dictionary* (Clarendon Press, 1993), page 485 (pièce US-119).

⁷⁴⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 7.485 et 7.486.

⁷⁴⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 21.

⁷⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 136; rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 355.

initial selon laquelle l'un des deux objectifs de la mesure d'étiquetage était effectivement de contribuer à la protection des dauphins⁷⁴⁸, l'Organe d'appel a en fait admis également que la mesure initiale concernant le thon "se rapportait" à la conservation des dauphins. En particulier, en concluant que la mesure concernant le thon "[prenait] pleinement en compte" les risques causés par la pratique "particulièrement" dommageable de l'encerclement des dauphins, il a confirmé que cette mesure se rapportait à la conservation et à la protection des dauphins. Il a conclu que la mesure le faisait effectivement pour les dommages causés par l'encerclement des dauphins, mais il a conclu que la mesure des États-Unis n'en faisait pas suffisamment pour la protection des dauphins subissant un dommage du fait des méthodes de pêche au thon autres que l'encerclement des dauphins.⁷⁴⁹

7.533. Dans ce contexte, nous notons que la mesure modifiée concernant le thon exclut du label *Dolphin Safe* tous les thons capturés lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins au cours duquel des dauphins ont été tués ou gravement blessés, quelle que soit la méthode de pêche utilisée ou le lieu où le thon a été capturé. Nonobstant l'éventuel bien-fondé des arguments du Mexique concernant les insuffisances des prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification imposées pour le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, il nous semble que 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. Quelque insuffisant que puisse être un système de certification ou de repérage et de vérification par rapport à un autre, il nous semble clair que, considérés en eux-mêmes, des systèmes conçus pour identifier, repérer et, indirectement, réduire la mortalité des dauphins et les blessures qui leur sont causées "se rapportent" clairement à la conservation. Par conséquent, nous ne pensons pas que les différences dans les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification qui s'appliquent à l'intérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, d'une part, et dans d'autres pêcheries, d'autre part, changent ou remettent autrement en cause le fait que la mesure modifiée concernant le thon "se rapporte" à la conservation.

7.534. À ce stade, nous rappellerons que notre tâche au titre de l'alinéa g) de l'article XX est d'examiner les caractéristiques de la mesure donnant lieu à une discrimination au titre des articles I^{er} et III du GATT de 1994, et non la discrimination elle-même. Par conséquent, la question dont nous sommes saisis est de savoir non pas si la discrimination que nous avons identifiée plus haut se rapporte à la conservation mais plutôt si les caractéristiques de la mesure qui causent la discrimination *en elles-mêmes* – les critères d'admissibilité, les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification – se rapportent à la conservation. À ce point de notre analyse, nous n'avons donc pas besoin de décider si *les différences* dans les prescriptions concernant la certification et le repérage se rapportent à la conservation. En fait, notre tâche consiste seulement à déterminer si les critères d'admissibilité et les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification qui sont appliqués, considérés en eux-mêmes, se rapportent à la conservation.

7.535. En d'autres termes, nous pensons qu'il y a une différence entre la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon "se rapporte à" la conservation des dauphins et la question de savoir si la mesure fait face ou remédie aux dommages causés aux dauphins par différentes méthodes de pêche au thon d'une façon qui n'établit pas une discrimination arbitraire ou injustifiable entre des produits similaires. La première question se pose au regard de l'alinéa g), alors que la deuxième est dûment traitée au regard du texte introductif de l'article XX, que nous abordons plus loin. Dans le présent contexte, nous pensons que les prescriptions relatives à l'admissibilité, à la certification et au repérage du thon qui ont pour objectif la fourniture aux consommateurs de renseignements exacts concernant le statut *Dolphin Safe* du thon peuvent être dûment considérées comme "se rapportant à" l'objectif de conservation des dauphins puisque, comme les États-Unis le font valoir, elles aident à faire en sorte que le marché du thon des États-Unis ne fonctionne pas d'une manière qui encourage les techniques de pêche dangereuses pour les dauphins. Nous pensons donc que les prescriptions concernant l'admissibilité, le repérage et la vérification, ainsi que la certification "se rapportent à" la conservation des dauphins, indépendamment du niveau auquel elles sont appliquées et aussi de la question de savoir si ce niveau est uniforme dans toutes les pêcheries.

⁷⁴⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 342 et 343.

⁷⁴⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 289 et 297.

7.536. En conclusion, nous constatons que la mesure modifiée concernant le thon "se rapporte" à la conservation des dauphins.

7.537. Le Mexique allègue aussi que la mesure modifiée concernant le thon n'impose elle-même aucune restriction réelle visant le thon qui est pêché par la flottille des États-Unis à l'extérieur de l'ETP et que les États-Unis n'ont pas démontré qu'ils imposaient une quelconque sorte de restriction à la production ou la consommation nationales, comme l'exige le deuxième élément de l'alinéa g) de l'article XX.⁷⁵⁰

7.538. Nous croyons comprendre que la mesure modifiée concernant le thon subordonne l'accès au label *Dolphin Safe* aux mêmes prescriptions tant pour les navires des États-Unis que les navires étrangers: tous les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins sont inadmissibles au bénéfice du label, quelles que soient la pêche, la nationalité du navire ou la nationalité de l'entreprise de transformation. En outre, tous les produits du thon contenant du thon capturé lors d'une opération ou d'un déploiement d'engins au cours duquel un dauphin a été tué ou gravement blessé sont inadmissibles au bénéfice du label, quels que soient la pêche, le type d'engin, la nationalité du navire ou celle de l'entreprise de transformation.⁷⁵¹ De plus, tous les thons capturés au moyen de grands filets dérivants en haute mer sont inadmissibles au bénéfice du label, quelles que soient la pêche et la nationalité du navire.⁷⁵² En conséquence, nous constatons que la mesure modifiée concernant le thon impose effectivement des restrictions réelles et effectives à la branche de production du thon des États-Unis au sens de l'alinéa g) de l'article XX.

7.539. Le Mexique fait valoir que les prescriptions de la mesure modifiée concernant le thon ne "répart[issent] [pas] la charge de la conservation entre les consommateurs étrangers et les consommateurs nationaux d'une manière impartiale ou équilibrée".⁷⁵³ Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel a dit qu'un traitement identique des produits nationaux et des produits importés n'était pas requis par l'alinéa g), qui prescrivait plutôt l'impartialité. Dans l'affaire *Chine – Terres rares*, il a clarifié le sens du mot "impartialité" à l'alinéa g), disant que jamais, dans un différend antérieur, il n'avait "évalué si la charge de la conservation était répartie de manière égale entre les producteurs étrangers, d'une part, et les producteurs ou consommateurs nationaux, d'autre part, ni n'[avait] laissé entendre qu'une telle évaluation était requise. ... Autrement dit, le raisonnement de l'Organe d'appel ne port[ait] pas à croire que l'article XX g) con[tenait] une prescription imposant que la charge de la conservation soit répartie de manière égale".⁷⁵⁴ Pour l'Organe d'appel, l'incidence relative des restrictions imposées aux productions nationales et étrangères doit plutôt être évaluée au regard du texte introductif de l'article XX⁷⁵⁵:

Pour être conforme à l'article XX, une mesure doit remplir cumulativement les conditions spécifiées à l'alinéa g) et dans le texte introductif. Si, toutefois, l'alinéa g) lui-même imposait d'analyser si la charge de la conservation est répartie de manière égale, cela pourrait entraîner une répétition de l'analyse à effectuer au titre du texte introductif, en particulier dans les affaires concernant des mesures discriminatoires. Cela ne s'accorderait pas avec le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile.

7.540. Par conséquent, nous examinerons au regard du texte introductif l'allégation du Mexique selon laquelle l'incidence des différentes restrictions imposées aux produits nationaux et étrangers n'est pas équilibrée.

7.541. En résumé, le Groupe spécial constate que les caractéristiques de la mesure modifiée concernant le thon qui donnent lieu à des violations des articles I^{er} et III du GATT de 1994 sont néanmoins provisoirement justifiées au regard de l'alinéa g) de l'article XX du GATT de 1994. À notre avis, ces caractéristiques "se rapportent" clairement à l'objectif de conservation des dauphins, et sont aussi appliquées conjointement avec des restrictions à la production nationale des produits du thon.

⁷⁵⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 308.

⁷⁵¹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 328.

⁷⁵² Voir plus haut le paragraphe 3.37.

⁷⁵³ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 309.

⁷⁵⁴ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphes 5.133 et 5.134.

⁷⁵⁵ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.135.

7.7.2 Article XX b)

7.542. Outre leur moyen de défense au titre de l'article XX g), les États-Unis allèguent aussi que la mesure modifiée concernant le thon est justifiée au regard de l'article XX b). Cette disposition prévoit une exception pour les mesures incompatibles avec le GATT qui sont "nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux".

7.543. Ayant constaté que les trois aspects de la mesure modifiée concernant le thon contestés par le Mexique étaient tous provisoirement justifiés au regard de l'alinéa g) de l'article XX, le Groupe spécial est d'avis qu'il n'a pas besoin de se prononcer sur le point de savoir si la mesure modifiée concernant le thon est justifiée au regard de l'alinéa b) de l'article XX. Un principe bien établi du droit de l'OMC veut que "les groupes spéciaux [peuvent] appliquer le principe d'économie jurisprudentielle et s'abstenir d'examiner des allégations autres que celles qui [sont] nécessaires pour régler le différend".⁷⁵⁶ L'Organe d'appel a dit à de nombreuses reprises que "[p]our autant qu'il s'acquitte de son devoir d'évaluer objectivement une question, un groupe spécial [était] libre de décider quelles questions de droit il [devait] examiner afin de régler un différend".⁷⁵⁷ Par conséquent, dans les cas où il n'est pas "nécessaire[]" pour arriver à une "solution positive" du différend, ou pour "régler de manière satisfaisante [la question]"⁷⁵⁸, de se prononcer sur une allégation juridique particulière, un groupe spécial peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁷⁵⁹, "faire ... preuve de modération" et "s'abstenir d'examiner" une ou plusieurs questions soulevées par les parties.⁷⁶⁰

7.544. À notre avis, les constatations que nous avons formulées en ce qui concerne l'article XX g) sont suffisantes pour régler la question de droit dont nous sommes saisis. En outre, dans le contexte du présent différend, nous ne pensons pas qu'il y ait une différence significative entre l'objectif de "conservation" des dauphins au titre de l'article XX g) et l'objectif de "protection de la santé et de la vie" des dauphins au titre de l'article XX b). D'ailleurs, aucune partie n'a suggéré le contraire. En l'espèce, l'objectif déclaré de la mesure contestée est de réduire le dommage subi par les dauphins pendant les opérations de pêche au thon. Que l'objectif soit formulé en termes de "conservation des ressources naturelles épuisables" ou de "protection de la santé et de la vie des animaux", sa teneur reste essentiellement la même et, de ce fait, nous ne pensons pas qu'une constatation au titre des deux alinéas soit ici nécessaire. Notre conclusion au titre de l'alinéa g) suffit pour constater que, sous réserve qu'elle remplisse le critère énoncé dans le texte introductif de l'article XX du GATT, la mesure modifiée est provisoirement justifiée au regard de l'article XX, ce qui nous permet de passer à l'analyse de la mesure modifiée au regard du texte introductif.

7.545. Par conséquent, le Groupe spécial choisit d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne le moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX b).

7.7.3 Texte introductif de l'article XX

7.546. Ayant constaté que la mesure modifiée concernant le thon est provisoirement justifiée au regard de l'article XX g), le Groupe spécial doit déterminer si elle est conforme aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

7.7.3.1 Critère juridique au titre du texte introductif de l'article XX

7.547. Le texte introductif de l'article XX contient des prescriptions additionnelles pour les mesures dont il a été constaté qu'elles violaient une obligation énoncée dans le GATT de 1994, mais qui ont aussi été jugées provisoirement justifiées au regard de l'une des exceptions énoncées aux alinéas de l'article XX. Le texte introductif fait cela en exigeant que ces mesures ne soient pas "appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce

⁷⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 718.

⁷⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 344.

⁷⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 250.

⁷⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 87.

⁷⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 133.

international".⁷⁶¹ Le fait qu'une mesure est *appliquée* d'une façon particulière "[peut] ... être déterminé[], le plus souvent, d'après sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice", ce qui implique de tenir compte des "prescriptions de fond aussi bien que de procédure" de la mesure en cause.⁷⁶²

7.548. Il est bien établi qu'il incombe à la partie qui invoque l'exception de démontrer qu'une mesure provisoirement justifiée au regard de l'une des exceptions énoncées à l'article XX est compatible avec le texte introductif.⁷⁶³

7.549. Pour qu'une mesure soit appliquée de façon à constituer une "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", trois éléments doivent être réunis:

Premièrement, l'application de la mesure doit entraîner une *discrimination*.
Deuxièmement, la discrimination doit être de nature *arbitraire* ou *injustifiable*.
Troisièmement, cette discrimination doit se produire *entre les pays où les mêmes conditions existent*.⁷⁶⁴

7.550. La discrimination visée dans le texte introductif diffère, par son type, sa nature et sa qualité, de la discrimination dans le traitement des produits qui a été jugée incompatible avec l'une des obligations de fond contenues dans le GATT de 1994. L'Organe d'appel a souligné qu'une constatation selon laquelle une mesure était incompatible avec l'une des obligations de non-discrimination énoncées dans le GATT de 1994, telles que celles qui figuraient aux articles I^{er} et III, ne permettait pas de déterminer si la mesure donnait lieu à une "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Toutefois, cela ne signifie pas que les circonstances, y compris les faits pertinents, ayant engendré la discrimination qui doit être examinée au titre du texte introductif ne peuvent pas être les mêmes que celles qui ont entraîné une constatation de violation d'une disposition de fond du GATT de 1994.⁷⁶⁵

7.551. L'Organe d'appel a indiqué qu'au moment d'évaluer une mesure au regard du texte introductif de l'article XX, un groupe spécial devrait commencer par déterminer si la conception de la mesure causait une discrimination. Pour répondre à cette question, un groupe spécial devrait examiner si "les pays où les mêmes conditions existent sont traités de manière différente".⁷⁶⁶ Lorsque c'est le cas, un groupe spécial devrait procéder à l'analyse de la question de savoir si la discrimination qui en résulte est "arbitraire ou injustifiable".

7.552. L'Organe d'appel a estimé que s'agissant d'examiner si les conditions existant dans les pays entre lesquels la mesure établissait, d'après les allégations, une discrimination étaient les mêmes, seules les conditions qui étaient *pertinentes* aux fins de l'établissement d'une discrimination arbitraire ou injustifiable à la lumière du caractère spécifique de la mesure en cause et des circonstances propres à une affaire particulière devraient être prises en considération dans le cadre du texte introductif.⁷⁶⁷ Il a expliqué que, lorsqu'il s'agissait de déterminer quelles conditions existant dans différents pays étaient pertinentes dans le contexte du texte introductif, l'objectif recherché par la mesure en cause pouvait fournir un contexte pertinent.⁷⁶⁸ Autrement dit, les conditions concernant l'objectif de politique générale particulier recherché par la mesure en cause sont pertinentes pour l'analyse au titre du texte introductif. Selon la nature particulière de la mesure et les circonstances spécifiques de l'affaire, les dispositions du GATT de 1994 avec lesquelles une mesure a été jugée incompatible peuvent aussi fournir des indications utiles sur le point de savoir quelles conditions existant dans différents pays sont pertinentes dans le contexte du texte introductif. En particulier, le type ou la cause de la violation dont l'existence a été

⁷⁶¹ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.296.

⁷⁶² Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.302.

⁷⁶³ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.297.

⁷⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – *Crevettes*, paragraphe 150 (italique dans l'original).

⁷⁶⁵ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.298.

⁷⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – *Crevettes*, paragraphe 165.

⁷⁶⁷ Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.299.

⁷⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel Brésil – *Pneumatiques rechapés*, paragraphe 227.

constatée peuvent éclairer la détermination des pays qui devraient être comparés eu égard aux conditions qui existent dans ces pays.⁷⁶⁹

7.553. 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. L'Organe d'appel a expliqué que cette analyse "devrait être axée sur la cause de la discrimination, ou la raison d'être avancée pour expliquer son existence".⁷⁷⁰

7.554. D'une manière générale, les parties sont d'accord sur les éléments du critère juridique prévu par le texte introductif, mais elles sont en désaccord quant à son application aux faits de la cause en l'espèce. Avant d'examiner leurs arguments, nous rappelons que le présent différend concerne des allégations et arguments concernant une discrimination avancés au titre tant du GATT de 1994 que de l'Accord OTC. Le Groupe spécial a déjà formulé diverses constatations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. Certaines d'entre elles (qu'il s'agisse de constatations de fait ou de droit) – en particulier celles qui portent sur le point de savoir si l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon est impartial et ainsi découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime – sont pertinentes pour l'évaluation à laquelle le présent Groupe spécial est tenu de procéder au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Dans ce contexte, le Groupe spécial formule les observations générales suivantes au sujet de la relation entre l'analyse au titre de l'article XX du GATT de 1994 et l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC en se fondant sur la jurisprudence récente de l'Organe d'appel sur cette question.

7.7.3.2 Relation entre le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 et l'article 2.1 de l'Accord OTC

7.555. Comme nous l'avons expliqué dans notre analyse du critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, l'Organe d'appel a dit que pour évaluer si l'effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC, les groupes spéciaux devraient *tenir compte* du point de savoir si le règlement technique en cause est "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".⁷⁷¹ Nous avons noté que ce libellé était identique à celui qui figurait dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Nous avons expliqué cependant qu'à notre avis, la question de savoir si l'effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, et la question connexe de savoir si le règlement technique était "impartial" était de *plus large* portée que la question de savoir si le règlement technique était conçu ou appliqué de façon à constituer soit une discrimination arbitraire ou injustifiable, soit une restriction déguisée au commerce. Cette dernière question peut être *un moyen* de répondre à la première, mais une mesure peut être partielle aux fins de l'article 2.1 de l'Accord OTC même si elle n'est *pas* conçue ou appliquée de façon à être discriminatoire d'une manière arbitraire ou injustifiable, ou à être une restriction déguisée au commerce international.

7.556. Comme le concept d'"impartialité" visé à l'article 2.1 de l'Accord OTC est plus large que ceux de discrimination arbitraire et injustifiable et de restriction déguisée au commerce visées dans le texte introductif de l'article XX, un groupe spécial ne peut pas supposer qu'une constatation de violation au titre de l'article 2.1 implique ou requière nécessairement ou automatiquement une constatation de violation du texte introductif. Par exemple, dans le cas où un groupe spécial aura constaté qu'une mesure n'est pas impartiale pour une quelconque raison *autre que* le fait qu'elle est conçue ou appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce, il sera nécessaire que ce groupe spécial, si un moyen de défense au titre de l'article XX du GATT de 1994 lui est présenté, procède à une analyse indépendante pour déterminer si la mesure est discriminatoire d'une manière arbitraire ou injustifiable, *en plus* d'être partielle pour la ou les raisons données dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

⁷⁶⁹ Rapports de l'Organe d'appel CE – Produits dérivés du phoque, paragraphe 5.300.

⁷⁷⁰ Rapports de l'Organe d'appel CE – Produits dérivés du phoque, paragraphe 5.303.

⁷⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle, paragraphe 94; rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Thon II (Mexique), paragraphe 213.

7.557. Toutefois, nous sommes enclins à penser que dans les cas où un groupe spécial aura analysé l'impartialité au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC à travers le prisme du membre de phrase, ou en utilisant le cadre analytique fourni par le membre de phrase, "appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international", il pourra être approprié qu'il s'appuie sur ce raisonnement dans le contexte de l'évaluation de la compatibilité d'une mesure avec le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. En d'autres termes, dans les cas où un groupe spécial aura constaté, dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, qu'une mesure n'est pas impartiale *précisément parce qu'elle est* "appliquée[] de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international", il sera généralement approprié qu'il utilise le raisonnement sous-tendant cette constatation dans son analyse au titre du texte introductif.

7.558. Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a 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.⁷⁷² À notre avis cependant, 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 de l'Accord OTC dans le contexte du texte introductif de l'article XX. En fait, selon ce que nous croyons comprendre, l'erreur du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque* était d'avoir supposé qu'une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui peut impliquer l'analyse de facteurs qui ne sont pas pertinents pour l'analyse au titre de l'article XX (puisqu'elle peut impliquer l'analyse de facteurs autres que, ou allant au-delà de, la question de savoir si la mesure est discriminatoire d'une manière arbitraire ou injustifiable ou est une restriction déguisée au commerce), donnait lieu automatiquement à une violation de cette dernière disposition. Ce que l'Organe d'appel exigeait, c'était que les groupes spéciaux *justifient* leur utilisation des constatations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans le contexte du texte introductif, en montrant par exemple que leur analyse au regard de l'article 2.1 était entièrement fondée sur la question de savoir si la mesure était appliquée de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existaient, soit une restriction déguisée au commerce international. À ce stade, nous ne voyons rien dans le raisonnement de l'Organe d'appel qui donne à penser qu'un groupe spécial ne peut pas appliquer les aspects pertinents de son raisonnement élaboré dans le contexte 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.

7.559. On se rappellera que dans la présente procédure, les arguments du Mexique concernant l'absence d'impartialité de la mesure modifiée concernant le thon reposaient entièrement sur le fait que divers aspects de cette mesure établissaient une discrimination arbitraire et injustifiable à l'égard des produits du thon mexicains. En outre, les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification ne découlaient pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime étaient toutes fondées sur la conclusion que ces aspects étaient arbitrairement discriminatoires parce qu'ils n'étaient pas conciliables avec l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon. De la même façon, notre constatation selon laquelle les critères d'admissibilité découlaient *effectivement* exclusivement d'une distinction réglementaire légitime était fondée sur le fait que cette distinction était pleinement justifiable sur la base des objectifs de la mesure.

7.560. Par conséquent, nous pensons qu'il est approprié pour nous de nous appuyer sur le raisonnement que nous avons élaboré dans le contexte de l'article 2.1 au cours de notre analyse au regard du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. C'est à cette dernière analyse que nous passons maintenant.

7.7.3.3 Application

7.7.3.3.1 Arguments des parties

7.561. Les États-Unis font valoir que la mesure modifiée concernant le thon est appliquée d'une manière compatible avec le texte introductif de l'article XX. Selon eux, les conditions d'admissibilité établies par la mesure modifiée concernant le thon sont les mêmes pour tous les thons – c'est-à-dire qu'elles sont neutres quant à la nationalité. Aucun produit du thon contenant

⁷⁷² Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310.

du thon capturé par encerclement des dauphins n'est admissible au bénéfice du label – la nationalité du navire (ou de l'entreprise de transformation) est dénuée de pertinence.⁷⁷³ Les États-Unis soulignent que la question de savoir si un produit du thon est admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* dépend des choix effectués par les propriétaires, les exploitants et les capitaines des navires.⁷⁷⁴

7.562. Les États-Unis font aussi valoir qu'en tout état de cause, les conditions d'admissibilité en ce qui concerne l'encerclement des dauphins ne sont ni arbitraires ni injustifiées. Pour eux, il ne fait pas de doute que les deux conditions d'admissibilité pertinentes (à savoir que le thon n'a pas été capturé par encerclement des dauphins et n'a pas été capturé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins au cours duquel des dauphins ont été tués ou gravement blessés) sont rationnellement liées à l'objectif de politique générale que constitue la conservation des dauphins, parce qu'elles donnent aux consommateurs les renseignements nécessaires pour faire en sorte que le marché du thon des États-Unis ne fonctionne pas d'une manière qui encourage des méthodes de pêche qui causent des dommages aux dauphins.⁷⁷⁵

7.563. Selon les États-Unis, "[o]n pourrait difficilement contester que la première condition d'admissibilité [c'est-à-dire l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins] soit rationnellement liée à l'objectif" de protection des dauphins.⁷⁷⁶ En outre, les États-Unis font valoir que parce que les autres méthodes de pêche produisant du thon pour le marché des États-Unis ne causent pas aux dauphins le même niveau de dommage que l'encerclement, traiter ces méthodes différemment n'est pas incompatible avec le texte introductif de l'article XX. Selon eux, la condition d'admissibilité consistant à ne pas pratiquer l'encerclement des dauphins est donc rationnellement liée à l'objectif de la mesure.⁷⁷⁷

7.564. Les États-Unis font valoir aussi que la mesure modifiée concernant le thon n'est pas appliquée de manière à constituer une restriction déguisée au commerce. Ils font valoir qu'ils ont démontré que l'encerclement des dauphins était une méthode de pêche "particulièrement dommageable" et que les autres méthodes de pêche ne causaient pas aux dauphins le même niveau de dommage que l'encerclement.⁷⁷⁸ Ils notent que lorsque la mesure initiale concernant le thon a été adoptée, elle a fortement affecté la branche de production des États-Unis – ce n'était donc pas une mesure qui aurait pu protéger ou qui, en fait, protégeait bel et bien la production de thon des États-Unis. En outre, la mesure modifiée concernant le thon s'applique au thon de tous les Membres, y compris les États-Unis, indépendamment de l'origine ou de la nationalité. Par conséquent, ce n'est manifestement pas une restriction déguisée au commerce international.⁷⁷⁹

7.565. En réponse à l'argument du Mexique selon lequel les États-Unis ont établi une discrimination arbitraire et injustifiable en n'agissant pas dans le cadre de l'AIDCP pour "remédier à leurs préoccupations restantes au sujet des dauphins et de la pêche au thon"⁷⁸⁰, les États-Unis soulignent qu'un Membre peut prendre des mesures "aux niveaux qu'il considère appropriés" et que rien dans les accords visés n'exige d'un Membre qu'il respecte un accord international, point que confirme l'article 2.4 de l'Accord OTC.⁷⁸¹

7.566. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis font valoir que les différences alléguées dans les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification invoquées par le Mexique ne sont pas pertinentes pour l'analyse du Groupe spécial au regard de l'article XX. Ils font valoir que, premièrement, le Mexique n'a pas allégué, et a encore moins prouvé, que ces prescriptions avaient un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains. Deuxièmement, ces prescriptions *découlent de l'AIDCP*, non de la législation des États-Unis, et de ce fait, il n'existe pas de véritable relation entre la mesure modifiée et un quelconque désavantage dont le Mexique allègue qu'il pâtit par rapport aux autres Membres qui vendent du thon ou des produits du thon sur le marché du thon des États-Unis. Troisièmement, les "conditions qui existent" telles qu'elles se rapportent aux prescriptions ne sont pas les mêmes, autrement dit la

⁷⁷³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 332.

⁷⁷⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 333.

⁷⁷⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 336.

⁷⁷⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 337.

⁷⁷⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 339 et 340.

⁷⁷⁸ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 213.

⁷⁷⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 342.

⁷⁸⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 338.

⁷⁸¹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 219 et 220.

pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est différente des autres pêcheries.⁷⁸²

7.567. Le Mexique rejette les arguments des États-Unis. Il estime que les États-Unis n'ont pas démontré que la mesure modifiée concernant le thon respectait les prescriptions du texte introductif de l'article XX.

7.568. Le Mexique fait valoir que le texte introductif de l'article XX prescrit que les Membres sur le territoire desquels les mêmes conditions existent doivent être traités de manière semblable. À son avis, les conditions qui existent dans l'ETP sont les mêmes s'agissant des risques pour les dauphins, que celles qui existent dans toutes les autres pêcheries. Selon lui, des dauphins sont tués et gravement blessés dans toutes les zones de pêche au thon, et le risque que le thon puisse être capturé d'une manière qui a des effets préjudiciables pour les dauphins existe pareillement dans tous les océans et en ce qui concerne toutes les méthodes de pêche. À son avis, par conséquent, la mesure modifiée concernant le thon traite la même situation de manière différente, en violation du texte introductif.⁷⁸³

7.569. Le Mexique estime que la mesure modifiée concernant le thon est conçue et appliquée d'une manière qui entraîne une discrimination. Selon lui, l'application de cette mesure continue à établir une discrimination *de facto* contre les produits du thon mexicains en ce sens que l'absence d'accès à l'avantage du label *Dolphin Safe* pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis. De l'avis du Mexique, rien dans la mesure modifiée concernant le thon n'a atténué ou réduit au minimum l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains importés de la distinction réglementaire imposée dans la mesure initiale. En fait, les différences dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage demeurent essentiellement les mêmes et, par voie de conséquence, les produits du thon d'origine mexicaine continuent à être effectivement exclus du marché des États-Unis.⁷⁸⁴

7.570. Le Mexique fait valoir aussi que l'existence de cette discrimination est clairement démontrée dans les trois conditions et prescriptions en matière d'étiquetage prévues par la mesure modifiée concernant le thon qu'il a précédemment identifiées en relation avec la distinction réglementaire pertinente au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, à savoir: 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 l'admission d'autres méthodes de pêche pour capturer le thon d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*; les prescriptions différentes concernant la certification pour le thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP par des grands navires équipés de sennes coulissantes et d'autres navires; et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification pour le thon capturé dans l'ETP par des grands navires équipés de sennes coulissantes et pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP par des grands navires équipés de sennes coulissantes et d'autres navires.⁷⁸⁵ Le Mexique fait valoir que conformément à chacune de ces trois conditions et prescriptions en matière d'étiquetage, les produits du thon mexicains se voient refuser l'accès au label *Dolphin Safe* des États-Unis alors que d'autres pays, qui tous produisent au moins certains produits du thon pouvant contenir du thon capturé à l'extérieur de l'ETP d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins, sont autorisés à utiliser le label.⁷⁸⁶

7.571. Enfin, le Mexique souligne que l'un des objectifs de politique générale recherchés par la mesure modifiée concernant le thon consiste à fournir aux consommateurs des renseignements exacts concernant le statut *Dolphin Safe* du thon contenu dans les produits du thon sur le marché des États-Unis. Or, selon lui, la mesure modifiée concernant le thon fait précisément le contraire car les trois conditions et prescriptions en matière d'étiquetage établies conformément à cette mesure fournissent aux consommateurs des renseignements fiables et objectifs concernant le statut *Dolphin Safe* du thon capturé dans l'ETP, tout en fournissant des renseignements

⁷⁸² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 207 à 210.

⁷⁸³ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 319.

⁷⁸⁴ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 323.

⁷⁸⁵ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 324.

⁷⁸⁶ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 325.

foncièrement peu fiables et invérifiables concernant le statut *Dolphin Safe* du thon capturé à l'extérieur de l'ETP.⁷⁸⁷

7.7.3.3.2 Analyse par le Groupe spécial

7.572. Le Groupe spécial examine maintenant si les États-Unis ont démontré que la mesure modifiée concernant le thon et, en particulier, les trois aspects contestés de cette mesure qui sont incompatibles avec les articles I^{er} et III du GATT de 1994 mais provisoirement justifiés au regard de l'article XX g) dudit accord, étaient appliqués de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international.

7.7.3.3.2.1 Discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent

7.573. Les États-Unis allèguent que la mesure modifiée concernant le thon n'impose aucune discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent parce que les conditions pertinentes en ce qui concerne la protection des dauphins ne sont pas les mêmes pour toutes les pêcheries dans le monde; ils ajoutent que s'il y a une quelconque discrimination qui découle de leur mesure, elle est justifiée et non arbitraire.

7.574. Au regard du texte introductif, une discrimination existe seulement lorsque "les pays où les mêmes conditions exist[ent] [sont] traités de manière différente".⁷⁸⁸ Nous devons donc examiner si la mesure modifiée concernant le thon établit une discrimination entre les pays où les mêmes conditions existent.

Critères d'admissibilité

7.575. Le premier aspect de la mesure modifiée concernant le thon qui est abordé par les parties est constitué par les critères d'admissibilité. Nous rappelons que la condition d'admissibilité relative à l'encerclement des dauphins est applicable à tous les thons, quel que soit le lieu où ils ont été capturés. Tous les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins sont inadmissibles au bénéfice du label, quelles que soient la pêche, la nationalité du navire et la nationalité de l'entreprise de transformation. Nous pensons comme les États-Unis que cette disposition ne comporte aucune exception qui permettrait aux produits de certains Membres d'être automatiquement admis à bénéficier d'un traitement réglementaire différent, comme c'était le cas dans les mesures contestées dans les affaires *Brésil – Pneumatiques rechapés* et *CE – Produits dérivés du phoque*.⁷⁸⁹

7.576. Les États-Unis soulignent que leur mesure modifiée concernant le thon est "neutre" et affirment que la question de savoir si un produit du thon est admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* dépend des choix effectués par les propriétaires, les exploitants et les capitaines des navires.⁷⁹⁰ Comme cela a été examiné en détail à la fois dans le cadre de la procédure initiale et devant le présent Groupe spécial, il y a de nombreuses façons de capturer le thon. L'encerclement des dauphins en est une, mais ce n'est pas la seule. Les États-Unis estiment que même dans la

⁷⁸⁷ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 336.

⁷⁸⁸ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.303 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 165).

⁷⁸⁹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.316 (considérant que le traitement réglementaire différent est la prohibition des produits dérivés du phoque provenant de "chasses commerciales" au Canada et en Norvège et l'autorisation des produits dérivés du phoque provenant des communautés indigènes du Groenland); rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 226 à 233 (examinant l'exception concernant le MERCOSUR).

⁷⁹⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 333 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.333 ("[L]e choix auquel étaient confrontées les flottilles des États-Unis, du Mexique et d'autres origines étrangères était le même, et ... les flottilles des États-Unis et des autres pays pêchant dans l'ETP auraient pu de la même manière choisir de continuer d'encercler les dauphins dans l'ETP dans le respect des conditions énoncées dans l'AIDCP ... À cet égard, la situation créée par l[a] mesur[e] était la même pour les deux flottilles.")).

pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, la plupart des opérations menées par ces navires ne comportent pas l'encerclement des dauphins.⁷⁹¹

7.577. Nous notons que la mesure modifiée concernant le thon n'impose pas un traitement réglementaire différent entre les pays. La principale distinction réglementaire établie par cette mesure concerne non pas les pays mais les différentes méthodes de pêche: par conséquent, c'est la méthode de pêche de l'encerclement des dauphins – considérée comme particulièrement dommageable pour les dauphins parce qu'elle implique nécessairement la chasse des dauphins pour trouver et capturer les thons – qui est réglementée différemment et plus strictement que les autres méthodes de pêche. En outre, si un produit du thon contient du thon capturé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins au cours duquel un dauphin a été tué ou gravement blessé, il n'est pas admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*, quelle que soit la méthode de pêche utilisée. Cette dernière prescription en matière d'admissibilité s'applique à tous les thons, quel que soit le lieu ou le mode de capture. De ce fait, ces conditions d'admissibilité n'établissent pas de distinctions entre les Membres, ni même entre les pêcheries, mais entre les méthodes de pêche. Dans ce contexte, les États-Unis indiquent que la "condition" dont l'examen serait le plus approprié dans cette analyse concerne les différents dommages causés aux dauphins par l'encerclement, d'une part, et par la pêche à la senne coulissante (autre que l'encerclement des dauphins), à la palangre et à la canne à pêche, d'autre part. Nous sommes de cet avis.

7.578. Comme nous l'avons expliqué plus haut, l'Organe d'appel a constaté dans la procédure initiale que les critères d'admissibilité n'étaient pas incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁷⁹² Nous rappelons aussi qu'il y a des recoupements entre le critère énoncé dans le texte introductif de l'article XX et la deuxième étape du critère prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC. L'Organe d'appel, dans la procédure initiale, n'a pas examiné la compatibilité des critères d'admissibilité avec le texte introductif de l'article XX.⁷⁹³ Toutefois, le Groupe spécial estime que les constatations de fait que le Groupe spécial initial a formulées et dont l'Organe d'appel a pris acte sont pertinentes pour l'application du texte introductif de l'article XX.

7.579. Comme nous l'avons expliqué plus haut, dans la procédure initiale, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis avaient présenté des éléments de preuve suffisants pour établir la présomption que l'encerclement des dauphins causait aux dauphins non seulement des dommages observables, mais aussi des dommages non observables au-delà de la mortalité et des blessures graves. Ces dommages "découl[ent] de la chasse elle-même" et peuvent survenir même si aucun dauphin n'est effectivement tué ou gravement blessé d'une manière qui est perceptible au cours de l'opération de pêche.⁷⁹⁴ D'après ce que nous croyons comprendre, c'est la raison pour laquelle l'Organe d'appel a conclu que l'encerclement des dauphins était "particulièrement dommageable" pour ces derniers.⁷⁹⁵

7.580. Le Groupe spécial initial a constaté aussi que 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*"⁷⁹⁶, et il a dit que "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*".⁷⁹⁷

⁷⁹¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 92.

⁷⁹² Voir plus haut les paragraphes 7.126 à 7.135.

⁷⁹³ La raison en est que le Groupe spécial initial a appliqué le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne les allégations du Mexique au titre du GATT – application dont l'Organe d'appel a constaté qu'elle constituait une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord. Cependant, le Mexique n'a finalement pas demandé à l'Organe d'appel de compléter l'analyse juridique et, en conséquence, celui-ci n'a pas formulé de constatation sur cette question: voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 405 et 406.

⁷⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 246 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.504).

⁷⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 289.

⁷⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 287.

⁷⁹⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.613.

7.581. Appliquant ces constatations de fait en l'espèce, le Groupe spécial n'est pas convaincu que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins causent des dommages non observés identiques ou semblables. De fait, le Groupe spécial souscrit au point de vue des États-Unis selon lequel "même s'il y a des zones de pêche au thon où sont utilisés ... des types d'engins qui produisent le même nombre de morts et de blessures graves chez les dauphins que celui qui est autorisé ou causé dans l'ETP ..., il n'est simplement *pas* établi que ces pêcheries engendrent 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 découle de la chasse elle-même".⁷⁹⁸

7.582. Ainsi que nous l'avons noté plus haut, la conclusion de l'Organe d'appel dans la procédure initiale n'était pas que l'exclusion de l'encerclement des dauphins en elle-même donnait lieu à une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC. En fait, la mesure initiale concernant le thon était incompatible avec l'Accord sur l'OMC parce que, même si elle prenait pleinement en compte les dommages découlant de l'encerclement des dauphins, elle ne prenait pas suffisamment en compte les dommages causés aux dauphins par les autres méthodes de pêche au thon. En formulant cette constatation, l'Organe d'appel n'a pas dit, ni même laissé entendre, que les États-Unis devaient exclure toutes les autres méthodes de pêche de l'accès au label *Dolphin Safe*, comme le Mexique le suggère dans la présente procédure, ni que l'encerclement des dauphins et les autres méthodes de pêche devaient être réglementés de la même manière. Au contraire, il 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.⁷⁹⁹ Et dans la mesure où il a constaté que l'encerclement des dauphins était "particulièrement dommageable" pour ces derniers, il a implicitement reconnu que les États-Unis n'avaient pas besoin d'imposer les mêmes normes pour toutes les méthodes de pêche afin de faire en sorte que leur régime d'étiquetage *Dolphin Safe* soit compatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC:

De plus, nous notons que, nulle part dans son raisonnement, le Groupe spécial n'a indiqué que l'imposition d'une prescription voulant qu'un observateur indépendant certifie qu'aucun dauphin n'avait été tué ou gravement blessé lors des opérations de pêche au cours desquelles le thon avait été capturé serait le *seul* moyen permettant aux États-Unis d'adapter leurs dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* en fonction des risques qui, selon les constatations du Groupe spécial, étaient posés par des techniques de pêche autres que l'encerclement des dauphins. Nous notons à cet égard que la mesure en cause elle-même envisage la possibilité que seul le capitaine puisse délivrer une telle certification dans certaines circonstances.⁸⁰⁰

7.583. Les deux parties font valoir que l'un des facteurs les plus importants pour déterminer si la discrimination est "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".⁸⁰¹

7.584. Les objectifs pertinents de la mesure modifiée sont les suivants: 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 manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins.⁸⁰² À notre avis, les critères d'admissibilité sont rationnellement liés à l'objectif de protection des dauphins de la mesure modifiée concernant le thon. Ainsi que le Groupe spécial initial l'a constaté et que l'Organe d'appel l'a noté, l'encerclement des dauphins est une méthode de pêche "particulièrement dommageable", et les autres méthodes de pêche ne causent pas aux dauphins les mêmes types de dommages non observés que ceux qui

⁷⁹⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 113 (mentions internes omises) (italique dans l'original).

⁷⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 286.

⁸⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 296.

⁸⁰¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.303.

⁸⁰² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 14.

sont causés par l'encerclement.⁸⁰³ Selon nous, 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. Par conséquent, à notre avis, les critères d'admissibilité sont directement liés à l'objectif de la mesure modifiée. Toute discrimination qu'ils (les critères d'admissibilité) causent est directement liée à l'objectif principal de la mesure modifiée concernant le thon et, par conséquent, nous concluons que cet aspect de la mesure n'est pas incompatible avec les prescriptions du texte introductif.

7.585. Pour les mêmes raisons, nous pensons aussi que les États-Unis ont démontré que les critères d'admissibilité sont appliqués d'une façon qui ne constitue pas une restriction déguisée au commerce. De fait, l'encerclement des dauphins est une méthode de pêche "particulièrement dommageable", et les autres méthodes de pêche ne causent pas aux dauphins les mêmes types de dommages non observés que ceux qui sont causés par l'encerclement⁸⁰⁴, bien que, d'après l'Organe d'appel, elles puissent, dans certaines circonstances, causer les mêmes types de dommages observés. Les critères d'admissibilité sont conformes à la raison d'être et à l'objectif fondamentaux de la mesure modifiée concernant le thon, c'est-à-dire contribuer à la protection des dauphins. Toutes restrictions qu'ils causent sont directement liées à l'objectif principal de cette mesure et ne peuvent donc pas être considérées comme étant "déguisées". Par conséquent, nous concluons que cet aspect de la mesure n'est pas incompatible avec les prescriptions du texte introductif.

Prescriptions différentes concernant la certification

7.586. De l'avis du Mexique, les prescriptions différentes concernant la certification ont pour effet de créer "deux normes distinctes et contradictoires concernant l'exactitude des renseignements sur le statut *Dolphin Safe* du thon: une norme pour le thon capturé à l'intérieur de l'ETP, et une norme séparée et bien moins rigoureuse pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP".⁸⁰⁵ Étant donné, toutefois, que l'un des objectifs de la mesure modifiée concernant le thon est 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 contiennent du thon capturé d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins"⁸⁰⁶, le Mexique conclut que le système d'autocertification par le capitaine qui est prévu par la mesure modifiée "n'a pas de lien rationnel avec" les objectifs de cette mesure et, en fait, est "totalement incompatible"⁸⁰⁷ et "inconciliable"⁸⁰⁸ avec ces objectifs, et qu'en conséquence, la mesure est appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire, ce qui est contraire au texte introductif.

7.587. De l'avis du Mexique, les différences dans la nature et le niveau du risque présenté pour les dauphins par les différentes méthodes de pêche n'expliquent pas ni ne justifient les prescriptions différentes concernant la certification. Selon le Mexique, la mesure modifiée concernant le thon est conçue de façon à exclure de l'accès au label toute capture de thon dès lors qu'un seul dauphin est tué ou gravement blessé. Étant donné que toutes les parties conviennent que des dauphins peuvent être tués ou gravement blessés dans *toutes* les pêcheries, le Mexique conclut qu'il doit y avoir un observateur indépendant à bord de tous les thoniers si les États-Unis veulent faire en sorte que la mesure modifiée concernant le thon fonctionne de façon à fournir aux consommateurs des renseignements exacts et fiables sur le statut *Dolphin Safe* des produits du thon.

7.588. Le Mexique conteste les prescriptions différentes concernant la certification au motif que l'autocertification par le capitaine "permet ou exige qu'une partie privée appartenant à la branche de production participe à l'administration d'[une loi] affectant ses propres intérêts commerciaux".⁸⁰⁹ Selon lui, "les capitaines sont, d'un point de vue financier, incités à déclarer que le thon capturé par leurs navires est *Dolphin Safe* et, parallèlement, dissuadés de déclarer que le

⁸⁰³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 89 à 101 et 110 à 161.

⁸⁰⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 89 à 101 et 110 à 161.

⁸⁰⁵ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 193.

⁸⁰⁶ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 3.

⁸⁰⁷ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 194.

⁸⁰⁸ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 195.

⁸⁰⁹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 177 (mentionnant le rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphes 7.902 et 7.904).

thon capturé par leurs navires est non-*Dolphin Safe*" parce que "si un capitaine devait s'abstenir de certifier que le thon capturé par son propre navire est *Dolphin Safe* ... ce thon perdrait beaucoup de sa valeur".⁸¹⁰ Selon le Mexique, les prescriptions différentes concernant la certification placent les capitaines "en situation de conflit d'intérêts caractéristique" parce qu'ils ont "tout intérêt, sur le plan commercial et financier, à obtenir la certification *Dolphin Safe* pour le thon qu'ils capturent". De l'avis du Mexique, cela crée "un risque très réel que le thon puisse être indûment certifié *Dolphin Safe*", ce qui serait incompatible avec les objectifs déclarés de la mesure modifiée concernant le thon.⁸¹¹

7.589. Selon le Mexique, le risque que les capitaines fassent des déclarations "fausses"⁸¹², erronées ou incorrectes est accru par le fait qu'"il n'y a pas de sauvegardes sous la forme de sanctions juridiques ou de mécanismes d'application effectifs pour les capitaines de navires de pêche qui certifient d'une manière inexacte ou incorrecte le statut *Dolphin Safe* du thon capturé par leurs propres navires".⁸¹³ De ce fait, le Mexique affirme qu'"il n'y a pas d'incitation à administrer d'une manière exacte et correcte les prescriptions concernant la certification *Dolphin Safe* pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP".⁸¹⁴

7.590. Les États-Unis rejettent les allégations du Mexique. Ils font valoir que les Membres de la CITT sont convenus de prescriptions différentes concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification, parce que l'ETP est différente – nulle part ailleurs dans le monde la pêche au thon n'a causé aux dauphins le dommage que les grands navires équipés de sennes coulissantes ont causé dans l'ETP. Le nombre de dauphins tués dans la pêcherie à la senne thonière de l'ETP depuis les débuts de la pêcherie à la fin des années 1950 est le plus grand recensé pour une pêcherie.⁸¹⁵ Eu égard à ces antécédents particuliers, les parties à l'AIDCP sont convenues de prescriptions particulières, y compris les prescriptions concernant la certification que, d'après ce que le Mexique soutient maintenant, les États-Unis doivent s'imposer et imposer à tous leurs partenaires commerciaux, quels que soient le lieu ou le mode de capture du thon, pour se conformer à leurs obligations dans le cadre de l'OMC.

7.591. Comme nous l'avons noté dans le contexte de notre analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, l'argument du Mexique est non pas que les États-Unis devraient *supprimer* les prescriptions concernant la certification qui existent dans l'ETP mais, au contraire, qu'"il est à la fois approprié et nécessaire qu'il y ait une prescription concernant les observateurs indépendants pour la pêche au thon à l'extérieur de l'ETP"⁸¹⁶ – et, en fait, que sans imposer une prescription concernant les observateurs pour les navires autres que les grands senneurs dans l'ETP, la mesure modifiée concernant le thon ne peut pas être "impartiale" comme l'exige l'article 2.1 de l'Accord OTC. Nous pensons que les éléments de preuve et arguments des parties concernant l'impartialité de la distinction réglementaire au titre de l'article 2.1 sont aussi pertinents pour ce qui est de déterminer si ces aspects de la mesure modifiée concernant le thon imposent une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, en contravention au texte introductif de l'article XX. En conséquence, tout au long de notre analyse de la question de savoir si les États-Unis ont démontré que leurs prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification n'étaient pas appliquées de façon à constituer une discrimination injustifiable et arbitraire entre les pays où les mêmes conditions existaient, nous nous référons et recourons aux évaluations factuelles et juridiques effectuées au cours de notre analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7.592. Premièrement, dans le contexte de notre analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous avons été convaincus par l'argument des États-Unis selon lequel des observateurs sont nécessaires à bord des grands senneurs dans l'ETP mais peut-être pas à bord d'autres navires dans d'autres pêcheries en raison de la nature de la technique de pêche utilisée par les grands senneurs dans l'ETP, qui implique essentiellement la chasse et l'encerclement de nombreux dauphins sur une longue période. Cela signifie qu'il est nécessaire qu'il y ait à bord une seule

⁸¹⁰ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 181.

⁸¹¹ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 182. Voir aussi la première communication écrite du Mexique, paragraphe 286.

⁸¹² Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 185.

⁸¹³ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 185.

⁸¹⁴ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 185.

⁸¹⁵ Tim Gerrodette, "The Tuna Dolphin Issue" in Perrin, Wursig and Thewissen (eds.), *Encyclopedia of Marine Mammals* (2^{ème} éd.) (Elsevier: 2009), page 1192 (pièce US-29).

⁸¹⁶ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 167.

personne chargée d'enregistrer les dauphins capturés lors de la chasse et/ou de la pose des sennes coulissantes.⁸¹⁷ D'autres méthodes de pêche dans d'autres océans peuvent être – et, comme les États-Unis le reconnaissent, sont effectivement – une cause de mortalité et de blessures graves pour les dauphins mais, parce que la nature et le degré de l'interaction sont différents du point de vue quantitatif⁸¹⁸ et qualitatif (puisque les dauphins ne sont pas encerclés délibérément et que l'interaction n'est qu'accidentelle)⁸¹⁹, il n'est peut-être 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.

7.593. À notre avis, cet argument est suffisant pour démontrer que maintenir des prescriptions différentes concernant la certification n'équivaut pas nécessairement à imposer une discrimination injustifiable ou arbitraire. Toutefois, le fait que les États-Unis peuvent être habilités à avoir des prescriptions concernant la certification différentes pour le thon capturé dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et pour le thon capturé dans les autres pêcheries n'est pas 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 – la certification par les capitaines uniquement – est équilibré et justifié au sens du texte introductif de l'article XX. Nous examinons maintenant si le fait que la mesure modifiée concernant le thon s'appuie sur la certification par les capitaines dans toutes les pêcheries autres que la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est compatible avec le texte introductif de l'article XX.

7.594. Dans le contexte de l'application par le Groupe spécial de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous avons noté que l'allégation du Mexique selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification n'étaient pas impartiales (et imposaient donc une discrimination injustifiable) reposait sur l'idée que les autocertifications par les capitaines étaient "foncièrement peu fiables" et "sans valeur".⁸²⁰ Le Mexique a indiqué deux raisons à l'appui de cette allégation: premièrement, les capitaines sont incités, d'un point de vue financier, à certifier que leur capture est *Dolphin Safe* même lorsqu'elle ne l'est pas et la mesure modifiée concernant le thon ne contient aucun mécanisme permettant de contrecarrer cette incitation; et, deuxièmement, les capitaines n'ont pas l'expertise technique nécessaire pour certifier correctement qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins donné et, par conséquent, leurs certifications ne garantissent pas que le thon étiqueté *Dolphin Safe* satisfait effectivement aux prescriptions légales et réglementaires.

7.595. Dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial n'a pas été convaincu par l'argumentation du Mexique concernant les incitations économiques auxquelles sont confrontés les capitaines. Il a admis les éléments de preuve communiqués par les États-Unis selon lesquels beaucoup d'organisations et d'arrangements régionaux et internationaux s'appuient sur les certifications et les livres de bord des capitaines à la fois pour surveiller le respect des prescriptions réglementaires et pour collecter des données. Le fait que de nombreux régimes nationaux, régionaux et internationaux s'appuient sur l'autocertification par le capitaine a établi la forte présomption que ces certifications étaient fiables. Les ORGP et les autres pêcheries et organisations environnementales sont expertes dans leurs domaines respectifs et le fait qu'elles se sont appuyées et continuent de s'appuyer sur les déclarations des capitaines dans divers domaines concernant la pêche et l'environnement donne fortement à penser que, d'une manière générale, elles estiment que ces certifications sont fiables. Le Groupe spécial a considéré que cette acceptation constituait un fait très pertinent et probant.

7.596. Le Groupe spécial n'était pas convaincu que les éléments de preuve communiqués par le Mexique soient suffisants pour réfuter ce fait. Les documents communiqués par le Mexique donnent assurément à penser qu'il y a eu des cas où les certifications par les capitaines n'étaient pas fiables. Toutefois, le Mexique n'a pas prouvé que les capitaines avaient généralement pour habitude de faire des déclarations inexactes en contravention à leurs obligations nationales, régionales et internationales. Comme le Groupe spécial l'a expliqué, le fait qu'il y a eu des cas où

⁸¹⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 30 du Groupe spécial, paragraphe 168.

⁸¹⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 20 du Groupe spécial, paragraphes 120 et 121; réponse des États-Unis à la question n° 21 du Groupe spécial, paragraphes 136 à 142.

⁸¹⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 20 du Groupe spécial, paragraphes 120 à 125; réponse des États-Unis à la question n° 22 du Groupe spécial, paragraphes 147 à 149.

⁸²⁰ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 271, 285 et 295; deuxième communication écrite du Mexique, paragraphes 147, 172, 182, 188 et 193.

la certification n'était pas fiable n'est pas suffisant pour conclure que les déclarations des capitaines ne sont pas de manière générale, en fait et en droit, suffisantes pour établir le respect de toutes sortes de réglementations en matière de pêche. Plusieurs instruments internationaux confient aux capitaines de multiples responsabilités et tâches, et le Groupe spécial a conclu que demander aux capitaines d'établir une certification *Dolphin Safe* à l'extérieur de l'ETP était, du moins en principe, justifié.

7.597. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial a constaté que le Mexique n'avait pas démontré que les certifications par les capitaines étaient foncièrement peu fiables parce que les capitaines étaient incités, d'un point de vue financier, à ne pas indiquer avec exactitude le statut *Dolphin Safe* du thon capturé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins donné. Nous avons conclu qu'en principe, on pouvait se fier aux capitaines pour la certification du respect des prescriptions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis. Selon nous, dans le cadre de notre analyse en cours, cela veut dire que les États-Unis ont démontré qu'il n'était pas nécessairement injustifiable et incompatible avec le texte introductif de l'article XX de demander aux capitaines des navires à l'extérieur de l'ETP de fournir la même certification *Dolphin Safe* que celle qui était demandée à la fois au capitaine et à un observateur à l'intérieur de l'ETP.

7.598. Cependant, nous avons souscrit à la deuxième allégation du Mexique selon laquelle les certificats des capitaines peuvent être peu fiables parce que ces derniers n'ont peut-être pas l'expertise technique nécessaire pour certifier avec exactitude qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé dans une opération ou un déploiement d'engins particulier.

7.599. Nous avons comparé le genre de tâches censées être accomplies par les observateurs dans l'ETP et les autres océans avec celles qui sont habituellement accomplies par les capitaines. Cette comparaison nous a aidés à comprendre le genre de compétences nécessaires pour certifier qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé dans une opération ou un autre déploiement d'engins donné.

7.600. Sur la base de ces éléments de preuve, nous avons conclu que certifier qu'un dauphin a ou non été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins était une tâche extrêmement complexe. Le Groupe spécial a jugé particulièrement révélateur le fait que la mesure modifiée concernant le thon elle-même reconnaissait qu'un apprentissage et une formation étaient requis afin que les personnes acquièrent le savoir-faire technique nécessaire pour pouvoir dûment certifier le caractère *Dolphin Safe* d'une capture de thon.

7.601. Notre analyse des éléments de preuve nous a également aidés à comprendre les compétences et tâches généralement attendues des capitaines. Ces éléments de preuve, y compris les divers traités régionaux et internationaux, indiquent que les capitaines sont généralement censés s'acquitter d'une grande variété de tâches à bord des navires qu'ils commandent. Selon notre lecture des éléments de preuve, les capitaines sont généralement censés avoir les connaissances et la capacité leur permettant de mener tout un éventail d'activités qui incluent généralement la certification de l'existence de faits qu'ils contrôlent et/ou dont ils ont une connaissance directe, par exemple le port d'entrée et de sortie, les coordonnées, la date et l'heure de déploiement d'engins, et le type d'engin déployé.⁸²¹ Dans certains cas, les capitaines sont aussi censés certifier les espèces de poissons capturés ou la présence de captures accessoires de baleines ou d'oiseaux.⁸²² À notre avis, toutefois, ces tâches peuvent être assez différentes de celles que suppose la certification du fait qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors d'opérations ou d'autres déploiements d'engins. Les éléments de preuve susmentionnés donnent à penser qu'il s'agit d'une compétence très spécialisée, et aucun des éléments de preuve qui nous ont été présentés ne donne à penser que les capitaines (ou, ajouterions-nous, un quelconque autre membre de l'équipage) disposent toujours et nécessairement de ces compétences.

⁸²¹ Réponse des États-Unis à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphes 194 à 196. Observations du Mexique sur la réponse des États-Unis à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphes 130 à 134.

⁸²² Comme nous l'avons indiqué plus haut, les éléments de preuve dont nous disposons suggèrent que, dans un tout petit nombre de systèmes juridiques, les capitaines peuvent aussi être obligés ou habilités à établir des certifications concernant les captures accessoires de mammifères marins, bien que le niveau de détail requis et les mammifères visés soient différents de ce que prescrit la mesure modifiée concernant le thon: voir plus haut les paragraphes 7.220 à 7.225.

7.602. En conséquence, le Groupe spécial a conclu que les prescriptions différentes concernant la certification ne découlaient pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC parce 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 du thon non-*Dolphin Safe* capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, étiquetage inexact qui compromettrait les objectifs globaux de la mesure modifiée concernant le thon.

7.603. Compte tenu des constatations que nous avons formulées plus haut, nous ne pensons pas que les États-Unis aient montré que les prescriptions différentes concernant la certification n'imposaient aucune discrimination arbitraire ou injustifiable. Exiger une certification par les capitaines uniquement à l'extérieur de l'ETP n'est pas justifiable, à moins que les États-Unis ne puissent expliquer pourquoi ils pensent que les capitaines ont l'expertise requise pour accomplir les tâches nécessaires à la certification de la conformité avec les critères du label *Dolphin Safe*. Les États-Unis n'ont pas suffisamment expliqué comment les capitaines pouvaient accomplir les tâches inhérentes à la certification relative au label *Dolphin Safe* puisqu'ils n'ont manifestement pas l'expertise spécifique requise pour le faire de manière détaillée.

7.604. Le Groupe spécial a constaté aussi que les dispositions relatives aux déterminations de la mesure modifiée concernant le thon, qui autorisent l'administrateur adjoint à faire certaines déterminations ayant pour effet de déclencher une prescription concernant les observateurs à l'extérieur de la pêcherie des navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, étaient incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC (et les articles I^{er} et III du GATT de 1994). Cette constatation était fondée sur le 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.

7.605. À notre avis, les constatations que nous avons formulées dans le contexte de l'article 2.1 s'appliquent avec la même force dans le contexte du texte introductif de l'article XX. Dans la mesure où les prescriptions différentes concernant la certification ne sont pas justifiées par l'objectif consistant à conserver les dauphins en donnant aux consommateurs des renseignements exacts sur statut *Dolphin Safe* des produits du thon, nous constatons que cet aspect de la mesure modifiée concernant le thon est discriminatoire d'une manière injustifiable et arbitraire. Nous constatons aussi que, contrairement à ce qui se passe dans le contexte des critères d'admissibilité, aux fins de cet élément de la mesure, les conditions qui existent chez les Membres sont les mêmes parce que les dauphins peuvent être tués ou gravement blessés par toutes les méthodes de pêche dans tous les océans et que, en conséquence, une certification exacte est nécessaire indépendamment de la pêcherie particulière dans laquelle le thon est capturé. Le Groupe spécial constate donc que les prescriptions différentes concernant la certification ne sont pas appliquées d'une manière compatible avec les prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

Opinion séparée d'un membre du Groupe spécial

7.606. Comme je l'ai expliqué plus haut dans la section 7.5.2.4.2.3, les prescriptions différentes concernant la certification peuvent être justifiées dans les cas où les risques existant dans des pêcheries différentes sont différents. À mon avis, les conditions à l'intérieur de l'ETP ne sont pas les mêmes que celles existant dans les autres pêcheries. Selon moi, les États-Unis ont démontré que les prescriptions différentes concernant *qui* doit établir une certification *Dolphin Safe* sont rationnellement liées aux risques différents pour les dauphins qui existent dans les différentes zones et découlent des différentes méthodes de pêche, parce que ces prescriptions sont "adaptées" ou autrement proportionnées à ces risques. Par conséquent, je ne souscris pas au point de vue de la majorité des membres du Groupe spécial exprimé plus haut au paragraphe 7.603. À mon avis, exiger la présence d'observateurs seulement dans l'ETP n'est pas discriminatoire d'une manière arbitraire ou injustifiable, en contravention aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

7.607. En revanche, dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, je me suis associé à la majorité pour constater que les États-Unis n'avaient pas expliqué ni justifié la discrimination causée par ce qu'il est convenu d'appeler les "dispositions relatives aux déterminations", qui

n'autorisent l'Administrateur adjoint à faire certaines déterminations qu'en ce qui concerne certaines pêcheries. Ces dispositions limitent d'une manière injustifiable la capacité de la mesure modifiée concernant le thon de remédier aux situations dans lesquelles les risques pour les dauphins sont équivalents à ceux qui existent dans la pêche des navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Par conséquent, je souscris au raisonnement de la majorité des membres du Groupe spécial exposé au paragraphe 7.605 et constate que, pour cette raison, les États-Unis n'ont pas réussi à montrer que les prescriptions différentes concernant la certification n'étaient pas appliquées d'une manière qui donnait lieu à une discrimination arbitraire ou injustifiable.

Prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification

7.608. Enfin, nous examinons les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification imposées par la mesure modifiée concernant le thon.

7.609. Le Groupe spécial est déjà arrivé à la conclusion que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification ne sont pas impartiales au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC parce qu'elles ont un effet préjudiciable que les États-Unis n'ont pas justifié au regard des objectifs recherchés par la mesure modifiée concernant le thon. À notre avis, les circonstances qui ont donné lieu à l'infraction à l'article 2.1 de l'Accord OTC donnent lieu également à une discrimination arbitraire et injustifiable au regard du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Nos raisons sont les suivantes.

7.610. Dans nos constatations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, nous avons conclu que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification imposent une charge moins lourde pour le thon capturé ailleurs que dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Nous avons également 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 peuvent augmenter la probabilité que le thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes soit étiqueté *Dolphin Safe* de façon incorrecte, bien que nous n'ayons pas jugé nécessaire de formuler une constatation définitive sur ce point. Dans le contexte de la présente analyse, le Groupe spécial pense comme le Mexique que la charge moindre qui est imposée pour le thon capturé ailleurs que dans la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP n'est pas rationnellement liée à l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon qui consiste à conserver les dauphins en donnant aux consommateurs des renseignements sur le statut *Dolphin Safe* des produits du thon. En outre, dans la mesure où les prescriptions différentes peuvent faciliter un étiquetage incorrect du thon capturé autrement que par des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP – point sur lequel nous ne formulons pas de constatation définitive –, 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'ont fourni aucune explication quant à la façon dont ce traitement différencié est lié aux objectifs recherchés par la mesure modifiée concernant le thon, et *a fortiori* justifié par ces objectifs, qui sont de fournir aux consommateurs des renseignements exacts en vue de la conservation des dauphins.

7.611. De ce fait, le Groupe spécial conclut que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification sont appliquées de façon à constituer une discrimination injustifiable et arbitraire, en contravention au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

7.7.3.3.2 Restriction déguisée au commerce international

7.612. Le Mexique fait valoir que la mesure modifiée concernant le thon est appliquée de façon à constituer une restriction déguisée au commerce. Selon les États-Unis, la mesure a été adoptée à une époque où elle affectait leur branche de production – ce n'était pas une mesure qui protégerait la production des États-Unis. Et le label *Dolphin Safe* est disponible quelles que soient la nationalité du navire de pêche ou l'origine du produit. Le Mexique affirme que les États-Unis ont établi une discrimination arbitraire et injustifiable en n'agissant pas dans le cadre de l'AIDCP pour "remédier à leurs préoccupations restantes au sujet des dauphins et de la pêche au thon".⁸²³ Les États-Unis répondent qu'ils ont engagé des négociations multilatérales avec le Mexique dans le cadre du processus prévu par l'AIDCP.

⁸²³ Première communication écrite du Mexique, paragraphes 337 à 339.

7.613. Il semble au présent Groupe spécial que les États-Unis et le Mexique débattent de la question du thon et des dauphins depuis plusieurs années. Néanmoins, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon est appliquée de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international. La raison en est que nous avons déjà constaté que les États-Unis n'ont pas pu démontrer que certains aspects de cette mesure n'étaient pas appliqués de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable. Nous n'avons pas besoin d'analyser si ces mêmes aspects de la mesure constituent une restriction déguisée au commerce international.

8 CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1. Le Mexique a présenté des allégations concernant certains aspects de la mesure modifiée concernant le thon des États-Unis au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

8.2. S'agissant des allégations du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial conclut ce qui suit:

- 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.

8.3. S'agissant des allégations du Mexique au titre du GATT de 1994, le Groupe spécial conclut ce qui suit:

- a. 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 produits similaires originaires de tout autre pays, en violation des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994;
- 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 des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994; 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 des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

8.4. S'agissant du moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX g) du GATT de 1994, le Groupe spécial constate ce qui suit:

- a. les critères d'admissibilité prévus par la mesure modifiée concernant le thon sont provisoirement justifiés au regard de l'article XX g);

- b. les prescriptions différentes concernant la certification prévues par la mesure modifiée concernant le thon sont provisoirement justifiées au regard de l'article XX g); et
- c. les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification prévues par la mesure modifiée concernant le thon sont provisoirement justifiées au regard de l'article XX g).

8.5. 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, le Groupe spécial conclut ce qui suit:

- a. 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 du GATT de 1994;
- b. les prescriptions différentes concernant la certification sont appliquées d'une manière qui ne satisfait pas aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994; et
- c. 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.

8.6. Conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord, nous recommandons que l'Organe de règlement des différends demande aux États-Unis de rendre leur mesure, dont nous avons 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.
