



14 avril 2015

(15-1970)

Page: 1/97

Original: anglais

**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

Addendum

Le présent addendum contient les annexes A à C du rapport du Groupe spécial qui se trouve dans le document WT/DS381/RW.

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

ANNEXE A

PROCÉDURES DE TRAVAIL DU GROUPE SPÉCIAL

Adoptées le 19 février 2014

1. Aux fins de ses travaux, le Groupe spécial suivra les dispositions pertinentes du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord). En outre, les procédures de travail suivantes s'appliqueront.

Généralités

2. Les délibérations du Groupe spécial et les documents qui lui auront été soumis resteront confidentiels. Rien dans le Mémoire d'accord ni dans les présentes procédures de travail n'empêchera une partie au différend (ci-après "partie") de divulguer au public les exposés de ses propres positions. Les Membres traiteront comme confidentiels les renseignements qui auront été communiqués par un autre Membre au Groupe spécial et que ce Membre aura désignés comme tels. Dans les cas où une partie présentera au Groupe spécial une version confidentielle de ses communications écrites, elle fournira aussi, si un Membre le demande, un résumé non confidentiel des renseignements contenus dans ses communications qui pourraient être communiqués au public.

3. Le Groupe spécial se réunira en séance privée. Les parties, et les Membres ayant informé l'Organe de règlement des différends de leur intérêt dans le différend conformément à l'article 10 du Mémoire d'accord (ci-après les "tiers parties"), n'assisteront aux réunions que lorsque le Groupe spécial les y invitera.

4. Chaque partie ou tierce partie a le droit de déterminer la composition de sa propre délégation pour la réunion avec le Groupe spécial. Chaque partie ou tierce partie sera responsable de tous les membres de sa propre délégation et s'assurera que chaque membre de cette délégation agit conformément au Mémoire d'accord et aux présentes procédures de travail, en particulier en ce qui concerne la confidentialité de la procédure.

Communications

5. Avant la réunion de fond du Groupe spécial avec les parties, chaque partie transmettra au Groupe spécial une première communication écrite et, ultérieurement, une réfutation écrite, dans lesquelles elle exposera les faits de la cause et ses arguments et contre-arguments, respectivement, conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial.

6. Une partie présentera une demande de décision préliminaire le plus tôt possible et en tout état de cause au plus tard dans sa première communication écrite au Groupe spécial. Si le Mexique demande une telle décision, les États-Unis présenteront leur réponse à la demande dans leur première communication écrite. Si les États-Unis demandent une telle décision, le Mexique présentera sa réponse à la demande avant la réunion de fond du Groupe spécial, à un moment qui sera déterminé par le Groupe spécial compte tenu de la demande. Des exceptions à la présente procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables.

7. Chaque partie présentera tous les éléments de preuve factuels au Groupe spécial au plus tard pendant la réunion de fond, sauf en ce qui concerne les éléments de preuve nécessaires aux fins de la réfutation, des réponses aux questions ou des observations concernant les réponses données par l'autre partie. Des exceptions à la présente procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables. Dans les cas où une telle exception aura été autorisée, le Groupe spécial accordera à l'autre partie un délai pour formuler des observations, selon qu'il sera approprié, sur tout élément de preuve factuel nouveau présenté après la réunion de fond.

8. Lorsqu'une pièce originale n'est pas dans la langue des communications écrites présentées par une partie, cette partie en communiquera également une traduction dans la langue de ses

communications écrites. Le Groupe spécial pourra accorder des prorogations de délai raisonnables pour la traduction de ces pièces sur exposé de raisons valables. Toute objection concernant l'exactitude d'une traduction devrait être présentée par écrit dans les moindres délais. Elle sera accompagnée d'une explication détaillée des motifs qui la justifient et d'une autre traduction.

9. Afin de faciliter la tenue du dossier du différend et d'assurer la plus grande clarté possible des communications, chaque partie ou tierce partie numérotera ses pièces par ordre chronologique tout au long de la procédure de mise en conformité. Par exemple, les pièces présentées par le Mexique pourraient être numérotées comme suit: MEX-1, MEX-2, etc. Si la dernière pièce se rapportant à la première communication était la pièce MEX-5, la première pièce se rapportant à la communication suivante serait donc la pièce MEX-6. La première fois qu'une partie ou tierce partie présente au Groupe spécial une pièce qui correspond à une pièce présentée dans la procédure du groupe spécial initial, la partie ou tierce partie présentant cette pièce indiquera aussi le numéro de la pièce initiale présentée dans la procédure du groupe spécial initial.

Questions

10. Le Groupe spécial pourra à tout moment poser des questions aux parties et aux tierces parties, oralement lors de la réunion de fond ou par écrit.

Réunion de fond

11. Chaque partie fournira au Groupe spécial une liste des membres de sa délégation avant la réunion avec le Groupe spécial et au plus tard à 18 heures le jour ouvrable précédent.

12. La réunion de fond du Groupe spécial se déroulera de la manière suivante:

- a. Le Groupe spécial invitera le Mexique à faire une déclaration liminaire pour présenter son argumentation en premier. Puis il invitera les États-Unis à présenter leur point de vue. Avant de prendre la parole, chaque partie fournira au Groupe spécial et aux autres participants à la réunion une version écrite provisoire de sa déclaration. Si des services d'interprétation sont nécessaires, chaque partie en fournira des copies additionnelles aux interprètes. Chaque partie mettra à la disposition du Groupe spécial et de l'autre partie la version finale de sa déclaration, de préférence à la fin de la réunion, et en tout état de cause au plus tard à 18 heures le premier jour ouvrable suivant la réunion.
- b. À l'issue des déclarations, le Groupe spécial ménagera à chaque partie la possibilité de poser des questions ou de faire des observations, par son intermédiaire. Chaque partie adressera par écrit à l'autre partie, dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial, toutes questions auxquelles elle souhaite qu'il soit répondu par écrit. Chaque partie sera invitée à répondre par écrit aux questions de l'autre partie dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial.
- c. Le Groupe spécial pourra ensuite poser des questions aux parties. Le Groupe spécial adressera par écrit aux parties, dans un délai qu'il fixera, toutes questions auxquelles il souhaite qu'il soit répondu par écrit. Chaque partie sera invitée à répondre par écrit à ces questions dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial.
- d. À l'issue des questions, le Groupe spécial ménagera à chaque partie la possibilité de faire une brève déclaration finale, le Mexique faisant la sienne en premier.

Tierces parties

13. Le Groupe spécial invitera chaque tierce partie à lui transmettre une communication écrite avant la réunion de fond avec les parties, conformément au calendrier qu'il aura adopté.

14. Chaque tierce partie sera également invitée à présenter ses vues oralement au cours d'une séance de la réunion de fond réservée à cette fin. Chaque tierce partie fournira au Groupe spécial la liste des membres de sa délégation avant cette séance et au plus tard à 18 heures le jour ouvrable précédent.

15. La séance avec les tierces parties se déroulera de la manière suivante:

- a. Toutes les tierces parties pourront être présentes pendant toute cette séance.
- b. Le Groupe spécial entendra tout d'abord les arguments des tierces parties dans l'ordre alphabétique. Les tierces parties présentes à la séance avec les tierces parties et ayant l'intention de présenter leurs vues oralement à cette séance fourniront au Groupe spécial, aux parties et aux autres tierces parties des versions écrites provisoires de leurs déclarations avant de prendre la parole. Elles mettront à la disposition du Groupe spécial, des parties et des autres tierces parties les versions finales de leurs déclarations, de préférence à la fin de la séance, et en tout état de cause au plus tard à 18 heures le premier jour ouvrable suivant la séance.
- c. Après que les tierces parties auront fait leurs déclarations, les parties pourront se voir ménager la possibilité, par l'intermédiaire du Groupe spécial, de poser des questions aux tierces parties afin d'obtenir des précisions sur tout point soulevé dans les communications ou déclarations de celles-ci. Chaque partie adressera par écrit à une tierce partie, dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial, toutes questions auxquelles elle souhaite qu'il soit répondu par écrit.
- d. Le Groupe spécial pourra ensuite poser des questions aux tierces parties. Le Groupe spécial adressera par écrit aux tierces parties, dans un délai qu'il fixera, toutes questions auxquelles il souhaite qu'il soit répondu par écrit. Chaque tierce partie sera invitée à répondre par écrit à ces questions dans un délai qui sera fixé par le Groupe spécial.

Partie descriptive

16. La description des arguments des parties et des tierces parties dans la partie descriptive du rapport du Groupe spécial reprendra les résumés analytiques fournis par les parties et les tierces parties, qui seront annexés en tant qu'addenda au rapport. Ces résumés analytiques ne remplaceront en aucun cas les communications des parties et des tierces parties dans l'examen de l'affaire par le Groupe spécial.

17. Chaque partie présentera un résumé analytique de chacune de ses communications écrites et un résumé analytique intégré de ses déclarations orales liminaire et finale, selon le cas, au plus tard sept jours civils après la remise au Groupe spécial de la version écrite de la communication ou déclaration correspondante. Une partie pourra inclure ses réponses aux questions dans le résumé analytique de ses déclarations. Dans ce cas, le résumé analytique, portant sur les déclarations de la partie et ses réponses aux questions, sera présenté au plus tard sept jours civils après la remise au Groupe spécial de ses réponses écrites aux questions. Le Groupe spécial ne résumera pas dans la partie descriptive de son rapport, ni dans l'annexe de son rapport, les réponses des parties aux questions. Ces résumés ne comporteront pas plus de 30 pages au total.

18. Les tierces parties présenteront des résumés analytiques de leur communication écrite et de leurs déclarations orales au plus tard sept jours civils après la remise au Groupe spécial de la version écrite de la communication ou déclaration correspondante. Une tierce partie pourra inclure ses réponses aux questions dans le résumé analytique de sa déclaration. Dans ce cas, le résumé analytique, portant sur la déclaration de la partie et ses réponses aux questions, sera présenté au plus tard sept jours civils après la remise au Groupe spécial de ses réponses écrites aux questions. Ces résumés ne comporteront pas plus de six pages au total.

Réexamen intérimaire

19. Après la remise du rapport intérimaire, chaque partie pourra demander par écrit le réexamen d'aspects précis de ce rapport et demander la tenue d'une nouvelle réunion avec le Groupe spécial, conformément au calendrier que celui-ci aura adopté. Le droit de demander la tenue d'une telle réunion sera exercé au plus tard au moment où la demande écrite de réexamen sera présentée.

20. Si aucune nouvelle réunion avec le Groupe spécial n'est demandée, chaque partie pourra présenter des observations écrites sur la demande écrite de réexamen de l'autre partie,

conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial. Ces observations ne porteront que sur la demande écrite de réexamen de l'autre partie.

21. Le rapport intérimaire ainsi que le rapport final avant sa distribution officielle resteront strictement confidentiels et ne seront pas divulgués.

Signification des documents

22. Les procédures suivantes s'appliqueront pour la signification des documents:

- a. Chaque partie ou tierce partie soumettra tous les documents au Groupe spécial en les déposant auprès du Greffe du règlement des différends (bureau n° 2047).
- b. Chaque partie ou tierce partie déposera trois copies papier de tous les documents qu'elle soumet au Groupe spécial. Toutefois, lorsque des pièces seront fournies sur CD-ROM/DVD, cinq CD-ROM/DVD et deux copies papier de ces pièces seront déposés. Le Greffe du règlement des différends tamponnera la date et l'heure du dépôt sur les documents. La version papier constituera la version officielle aux fins du dossier du différend.
- c. Chaque partie ou tierce partie fournira également une copie électronique de tous les documents qu'elle soumet au Groupe spécial en même temps que les versions papier, en format Microsoft Word, soit sur un CD-ROM ou un DVD, soit en tant que pièce jointe à un courriel. Si la copie électronique est envoyée par courriel, celui-ci devrait être adressé à *****@wto.org, avec copie à *****.*****@wto.org, *****.*****@wto.org, et *****.*****@wto.org. Si un CD-ROM ou un DVD est fourni, il sera déposé auprès du Greffe du règlement des différends.
- d. Chaque partie signifiera tout document soumis au Groupe spécial directement à l'autre partie. Chaque partie signifiera en outre à toutes les tierces parties ses communications écrites avant la réunion de fond avec le Groupe spécial. Chaque tierce partie signifiera tout document soumis au Groupe spécial directement aux parties et à toutes les autres tierces parties. Chaque partie ou tierce partie confirmera par écrit que des copies ont été signifiées ainsi qu'il est prescrit, au moment de la présentation de chaque document au Groupe spécial.
- e. Chaque partie ou tierce partie déposera ses documents auprès du Greffe du règlement des différends et en signifiera des copies à l'autre partie (et aux tierces parties selon qu'il sera approprié) avant 18 heures (heure de Genève) aux dates fixées par le Groupe spécial.
- f. Le Groupe spécial fournira aux parties une version électronique de la partie descriptive, du rapport intérimaire et du rapport final, ainsi que d'autres documents, selon qu'il sera approprié. Lorsque le Groupe spécial fera remettre aux parties et aux tierces parties à la fois une version papier et une version électronique d'un document, la version papier constituera la version officielle aux fins du dossier du différend.

Modification des procédures de travail

23. Le Groupe spécial pourra modifier les présentes procédures de travail après consultation des parties.

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 B-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DU MEXIQUE****I. INTRODUCTION**

1. La procédure dont il s'agit ici porte sur un désaccord au sujet de la compatibilité avec les accords de l'OMC visés de mesures prises par les États-Unis pour se conformer aux recommandations et décisions formulées par l'Organe de règlement des différends (ORD) dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon* (Différend concernant le thon).

2. Dans le cadre de la procédure initiale, le Mexique a démontré que l'accord multilatéral relatif au programme international pour la conservation des dauphins (AIDCP) avait été un franc succès, puisqu'il avait permis de réduire fortement la mortalité des dauphins dans les Eaux tropicales du Pacifique Est (ETP). Le Mexique a également montré que la méthode de pêche favorisée par les États-Unis, consistant à utiliser des dispositifs de concentration du poisson (DCP), causait des dommages extrêmement importants aux stocks de thons parce qu'elle entraînait la capture de thons juvéniles. Le recours à des DCP donne lieu par ailleurs à des captures accessoires, extrêmement destructrices, de marlins, de tortues, de requins et d'autres espèces.

3. Le 13 juin 2012, l'ORD a adopté les rapports et a décidé que les dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* étaient incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord de l'OMC sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) et il a recommandé que les États-Unis rendent leur mesure conforme à leurs obligations au titre de cet accord.

4. 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). Les dispositions que les États-Unis ont prises ne rendent pas leur mesure conforme aux Accords de l'OMC et perpétuent en outre, dans le monde entier, une situation tragique pour les dauphins et les milieux marins. Bien qu'il ait été indiqué que la "date d'entrée en vigueur" du règlement final était le 13 juillet 2013, il était également indiqué dans l'avis qui accompagnait la publication du règlement final que les États-Unis n'exigeraient pas l'observation de ces nouvelles dispositions avant le 1^{er} janvier 2014.

5. Les "mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions" de l'ORD (mesure modifiée concernant le thon) comprennent: a) l'article 1385 ("Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins" (DPCIA)), 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) U.S. Code of Federal Regulations, Titre 50, Partie 216, sous-partie H ("Étiquetage *Dolphin Safe* du thon"), tel qu'il a été modifié par le règlement final de 2013; c) la décision dans l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007); et d) toutes les indications concernant la mise en œuvre, les directives, les annonces ou tout autre document diffusé au sujet des instruments susmentionnés dans les points a) à c), y compris toute modification ou tout changement se rapportant à ces instruments.

6. La mesure modifiée concernant le thon, comme la mesure initiale, impose des prescriptions discriminatoires concernant l'accès au label *Dolphin Safe* des États-Unis en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC et des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

II. LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON

7. La mesure modifiée concernant le thon n'entraîne que des modifications du règlement d'application et non de la DPCIA, ni de la décision *Hogarth*. Les principaux éléments de la mesure initiale concernant le thon ont été conservés dans la mesure modifiée, en particulier la disposition selon laquelle les thons capturés au moyen de l'encerclement de dauphins ne sont pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*.

A. Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins (DPCIA)

8. Dans le cadre de la procédure initiale, le Groupe spécial a examiné les points les plus pertinents de la DPCIA. Ces dispositions restent inchangées. Les prescriptions de la DPCIA se rapportent principalement aux trois domaines suivants: i) la définition/la portée de l'appellation *Dolphin Safe*, ii) l'obligation de recourir à des observateurs indépendants garantissant la conformité, et iii) l'indication des documents nécessaires à l'appui de la certification.

9. Conformément au paragraphe d) 1) C) de la loi, un produit du thon contenant du thon capturé à l'intérieur de l'ETP peut porter le label *Dolphin Safe* seulement si le produit est accompagné des documents suivants: a) une déclaration du capitaine du navire fournissant la certification visée au paragraphe h), selon laquelle aucun thon n'a été capturé au cours de l'expédition de pêche à l'aide d'une senne coulissante délibérément déployée sur des dauphins ou aux fins de l'encerclement de dauphins, et aucun dauphin n'a été tué ni gravement blessé lors des opérations au cours desquelles les thons ont été capturés; b) une déclaration de l'observateur indépendant embarqué, agréé au titre de l'AIDCP, fournissant également la certification visée au paragraphe h); c) une déclaration du Secrétaire au commerce ou de la personne qu'il a désignée, ou d'un représentant de la Commission interaméricaine du thon des tropiques (CITT) ou d'un représentant autorisé d'un pays dont le programme national respecte les exigences de l'AIDCP, indiquant qu'un observateur agréé au titre de l'AIDCP se trouvait à bord du navire pendant toute la durée de l'expédition.

10. Il a été envisagé dans la loi de rendre la définition des "thons *Dolphin Safe*" établie par les États-Unis compatible avec la définition figurant dans l'AIDCP. Cette modification potentielle de la norme d'étiquetage *Dolphin Safe* pour l'ETP était sous réserve des résultats d'études consacrées aux populations de dauphins présentes dans cette zone. En 1999, le Département du commerce des États-Unis (USDOC) a formulé une constatation initiale selon laquelle les éléments de preuve étaient insuffisants pour conclure que l'encerclement délibéré de dauphins à l'aide de sennes coulissantes avait un effet préjudiciable important sur ce que les États-Unis qualifiaient de stocks "appauvris" de dauphins dans l'ETP. Après des études complémentaires, l'USDOC, dans une constatation finale publiée en décembre 2002, est arrivé à la même conclusion que celle à laquelle il était parvenu dans sa constatation initiale. Ces constatations auraient dû permettre une modification de la définition de l'appellation *Dolphin Safe* pour que les thons capturés conformément aux dispositions de l'AIDCP puissent porter le label *Dolphin Safe*. Or, dans l'affaire *Hogarth*, les tribunaux des États-Unis ont estimé que les constatations de l'USDOC n'étaient pas conformes aux prescriptions de la loi et ont ordonné que la définition de l'appellation *Dolphin Safe* continue d'interdire complètement le recours à l'encerclement de dauphins. La loi ne permet pas que cette détermination soit réévaluée à un moment quelconque. Pour les thons capturés à l'extérieur de l'ETP à l'aide de sennes coulissantes, la loi n'exige que l'autocertification par le capitaine du navire indiquant qu'aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée sur des dauphins ou utilisée pour encercler des dauphins pendant l'expédition au cours de laquelle les thons ont été pêchés. Pour les thons capturés par d'autres moyens que des sennes coulissantes (par exemple palangre ou chalut), aucune certification n'est exigée. Pour les thons capturés par un navire dont la capacité de charge est inférieure à 400 tonnes courtes, aucune certification n'est exigée. Ces prescriptions ont été modifiées par le Règlement final de 2013.

11. En outre, la DPCIA vise à interdire l'apposition du label *Dolphin Safe* sur des thons capturés "en haute mer par un navire qui pratique la pêche aux filets dérivants". Toutefois, dans les faits, cette restriction n'a aucune valeur parce qu'elle n'a jamais été appliquée par le Département du commerce. D'ailleurs, les États-Unis eux-mêmes autorisent la pêche aux filets dérivants dans leur zone économique exclusive.

12. La DPCIA indique à quel moment une certification *Dolphin Safe* doit être étayée par un observateur indépendant. La loi n'exige pas la présence d'observateurs indépendants à l'extérieur de l'ETP, sauf dans le cas où l'USDOC a désigné une pêcherie à la senne coulissante comme étant une pêcherie dans laquelle il existe une association régulière et importante entre les thons et les dauphins ou une pêcherie autre qu'à la senne coulissante comme étant une pêcherie dans laquelle il y a une mortalité régulière et importante des dauphins. L'USDOC n'ayant désigné aucune pêcherie comme appartenant à ces catégories, la présence d'observateurs n'est pas exigée pour des pêcheries autres que celle de l'ETP.

13. Dans le cas d'un produit du thon contenant du thon capturé dans l'ETP par un senneur, la DPCIA dispose que la certification fournie par le capitaine et par l'observateur doit "être conforme aux règlements promulgués par le Secrétaire qui prévoient la vérification de la qualité *Dolphin Safe* des produits du thon". Ces règlements contiennent les prescriptions concernant le repérage des thons dont les parties à l'AIDCP sont convenues. Pour d'autres produits du thon (c'est-à-dire le thon ne provenant pas de l'ETP), la DPCIA ne comporte aucune exigence de vérification de la qualité *Dolphin Safe* des produits.

14. En droit des États-Unis, les règlements d'application d'une loi ne peuvent modifier aucune des prescriptions énoncées dans celle-ci. En conséquence, toutes les prescriptions de la DPCIA qui ont été soumises à l'examen du Groupe spécial et de l'Organe d'appel sont encore en vigueur à l'heure actuelle, sous une forme inchangée. La loi fait donc partie intégrante de la mesure modifiée concernant le thon.

B. U.S. Code of Federal Regulations, Titre 50, Partie 216, sous-partie H

15. Le règlement d'application de la DPCIA porte sur la certification *Dolphin Safe* et impose par ailleurs des prescriptions spécifiques qui varient selon que le thon provient de l'ETP ou d'ailleurs, pour ce qui est de la séparation des différents thons, de la présence d'observateurs indépendants à bord des navires et des documents attestant la conformité.

16. Pour les produits du thon fabriqués à partir de thons capturés par de grands senneurs dans l'ETP, la prescription concernant la certification est, dans sa teneur, la même que celle qui est prévue par la DPCIA. Pour les produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP au moyen de sennes coulissantes, le règlement final de 2013 a modifié la certification exigée qui comprend à présent une déclaration additionnelle du capitaine selon laquelle aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations au cours desquelles les thons ont été capturés.

17. Pour les produits du thon contenant des thons capturés i) sans l'aide d'une senne coulissante ou ii) par des navires plus petits, pour lesquels aucune certification n'était exigée, le règlement final de 2013 dispose que tous ces thons doivent être accompagnés d'une déclaration du capitaine selon laquelle aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations ou du déploiement d'autres engins pendant lesquels les thons ont été capturés. Il convient de noter que si la méthode de l'encerclement des dauphins est utilisée, ne serait-ce qu'une fois au cours d'une expédition, aucun des thons capturés pendant ladite expédition ne pourra bénéficier du label *Dolphin Safe*, y compris ceux qui ont été pris sans qu'il y ait encerclement des dauphins. Les trois principaux fabricants de produits du thon sur le marché des États-Unis – Starkist, Chicken of the Sea et Bumble Bee – ont présenté, au sujet de la nouvelle prescription concernant la certification par le capitaine d'un navire n'utilisant pas de sennes coulissantes, des observations communes selon lesquelles les certificats fournis ne seraient pas crédibles.

18. En vertu de la mesure initiale concernant le thon, pour les thons capturés par de grands senneurs dans l'ETP uniquement, les thons pêchés lors d'opérations désignées comme étant *Dolphin Safe* par l'observateur présent sur le navire doivent être conservés à l'écart des thons capturés lors d'opérations non désignées comme étant *Dolphin Safe* depuis le moment de leur capture jusqu'à leur déchargement au port. Pour les thons capturés à l'extérieur de l'ETP, il n'existe pas de telles prescriptions. Dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, des prescriptions similaires en matière de séparation des thons s'appliquent à présent prétendument à tous les thons et produits du thon. Toutefois, en l'absence de prescriptions en matière de contrôle, de vérification et de repérage visant les produits du thon qui ne proviennent pas de l'ETP, les obligations en matière de conservation des thons ne provenant pas de l'ETP à l'écart des autres thons ne peuvent pas être remplies et sont sans valeur.

19. Pour les produits du thon provenant de thons capturés par de grands senneurs dans l'ETP, parmi lesquels les navires de la flottille mexicaine, la mesure initiale concernant le thon exige la présence d'un observateur indépendant sur chaque navire afin de contrôler la conformité avec les prescriptions *Dolphin Safe*. L'AIDCP dispose que chaque grand senneur doit avoir à son bord un observateur indépendant et le Mexique a introduit cette prescription dans sa réglementation intérieure (NOM-001-SAG/PESC-2013).

20. Dans le cadre de la mesure concernant le thon, aucune prescription n'était imposée concernant les observateurs indépendants sauf dans le cas des grand senneurs pratiquant la pêche dans l'ETP. Il apparaît que le règlement final de 2013 crée la possibilité pour l'USDOC d'exiger qu'un observateur indépendant vérifie les certifications *Dolphin Safe*. Toutefois, l'USDOC n'a pas établi de détermination selon laquelle les observateurs participant à un programme d'observation à l'extérieur de l'ETP sont qualifiés et habilités à cet effet, ni n'a annoncé son intention d'envisager de le faire.

21. En vertu de la mesure initiale concernant le thon, les produits du thon contenant du thon pêché dans l'ETP doivent s'accompagner non seulement de la certification exigée mais également des "documents exigés pour le thon *Dolphin Safe* dans les articles 216.92 et 216.93". Les prescriptions de ces articles ont été conservées dans la mesure modifiée concernant le thon. Aucune prescription en matière de documents, à part l'autocertification par le capitaine du navire, ne s'applique aux autres produits du thon.

22. Pour les produits du thon des États-Unis, l'article 216.93 établit un "programme de repérage et de vérification" visant les grands senneurs des États-Unis pêchant dans l'ETP (et pas ailleurs), lequel a été conçu de manière à être compatible avec l'AIDCP. Les statistiques des États-Unis indiquent qu'en 2013, le thon provenant de l'ETP représentait environ 1% du thon utilisé pour fabriquer des produits du thon dans les conserveries des États-Unis. En conséquence, l'obligation de fournir des formulaires de repérage du thon pêché dans l'ETP impose une charge extrêmement légère, quand elle existe, à la branche de transformation du thon des États-Unis.

23. Le respect de l'AIDCP suppose l'obligation stricte de se conformer au système de repérage du thon prévu par l'accord – le même système que le règlement des États-Unis applique aux navires nationaux au titre de l'article 216.93 a). Les règles de repérage du thon *Dolphin Safe* sont très détaillées et complètes, et s'appliquent tout le temps depuis le moment de la capture jusqu'au déchargement des prises, et ensuite lors de la transformation et de la commercialisation des produits du thon contenant le thon visé. Le Mexique a appliqué les prescriptions de l'AIDCP en matière de repérage du thon au moyen du règlement NOM-EM-002-PESC-1999, publié en décembre 1999 et ensuite mis à jour par le règlement NOM-001-SAG/PESC-2013. Les États-Unis vérifient que le Mexique se conforme aux dispositions de l'AIDCP de manière constante depuis 2000.

24. Pour que les produits du thon mexicains soient admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* au titre de la mesure modifiée concernant le thon: il doit être certifié que les thons ont été capturés sans qu'aucun dauphin n'ait été tué ou gravement blessé au cours de l'opération pendant laquelle ils ont été pêchés et qu'il n'a pas été recouru à l'encerclement de dauphins pendant l'intégralité de l'expédition au cours de laquelle les thons ont été capturés; un observateur indépendant doit vérifier que la certification est exacte; et celle-ci doit être étayée par le système de repérage étendu susmentionné, lequel fait l'objet d'un audit des pouvoirs publics mexicains.

25. Il 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'autocertification par le capitaine.

C. La décision Hogarth

26. La décision de la Cour d'appel du neuvième circuit a pour effet de refuser à titre permanent le label *Dolphin Safe* aux produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis, et elle continue de faire partie intégrante de la mesure modifiée concernant le thon.

D. Le Règlement final de 2013

27. Les États-Unis n'ont pas modifié la DPCIA. Le règlement révisé n'a apporté que quelques changements au règlement antérieur. Un élément important du nouveau règlement est qu'il retarde la mise en œuvre des changements. Les États-Unis se sont donc en fait accordé de façon unilatérale une nouvelle prorogation du délai raisonnable mutuellement convenu en n'exécutant pas la mesure qu'ils avaient prise pour se conformer à leurs obligations. Les certifications des capitaines ne sont pas à la disposition du public et il n'existe aucune transparence quant à la manière dont les navires n'opérant pas dans l'ETP et les entreprises de transformation vérifient que les prescriptions sont respectées. L'un des points importants de la mesure modifiée

concernant le thon est que, pour les thons capturés à l'extérieur de l'ETP, les États-Unis autorisent encore l'apposition du label *Dolphin Safe* lorsque des dauphins ont été tués ou gravement blessés et même lorsque des filets ont été déployés autour des dauphins.

III. RENSEIGNEMENTS D'ORDRE GÉNÉRAL SUR LA BRANCHE DE PRODUCTION MONDIALE DU THON, LES AUTRES MÉTHODES DE PÊCHE ET L'ÉTAT DES POPULATIONS DE DAUPHINS DANS L'ETP

28. À l'extérieur de l'ETP, la mortalité des dauphins pose un problème important car les pêcheurs tendent des filets sur eux et des méthodes de pêche autres que celle de l'encerclement des dauphins les tuent ou les blessent gravement. De plus, à l'extérieur de l'ETP, le thon est fréquemment vendu par courtage et il n'existe pas de procédures obligatoires pour vérifier le statut *Dolphin Safe* des thons. Parallèlement, les éléments de preuve les plus récents indiquent que les stocks de dauphins dans l'ETP, qualifiés par les États-Unis d'"appauvris", augmentent actuellement au rythme maximal prévu, contrairement à ce que les États-Unis pensaient en 2002 lorsque le Département du commerce a formulé ses "constatations finales".

A. Les pêcheurs tendent leurs filets sur des dauphins à l'extérieur de l'ETP et d'autres méthodes de pêche tuent ou blessent gravement les dauphins

29. Dans le cadre de la procédure initiale, le Groupe spécial a constaté qu'il existait des associations de dauphins et de thons à l'extérieur de l'ETP et que des méthodes de pêche autres que l'encerclement de dauphins provoquaient la mort de ces derniers. Le Mexique a réuni des éléments de preuve additionnels substantiels qui indiquaient i) que les pêcheurs de thons lançaient délibérément des filets sur les mammifères marins à l'extérieur de l'ETP et ii) que d'autres méthodes de pêche au thon causaient la mort de dauphins par milliers.

1. Les pêcheurs lancent délibérément des sennes coulissantes sur les mammifères marins à l'extérieur de l'ETP

30. Il a été maintes fois allégué que l'association entre des dauphins et des thons dans l'ETP était un phénomène "unique" et que l'encerclement de dauphins se pratiquait rarement ailleurs. Les éléments de preuve réunis démontrent qu'il en est autrement.

31. Selon un rapport de l'Administration nationale pour les océans et l'atmosphère (NOAA), "avant de conclure ... que la mortalité accessoire de dauphins est négligeable dans les sennes coulissantes servant à la pêche au thon à l'extérieur de l'ETP, il faut résoudre le problème évident provenant du fait que bon nombre des rapports sur la question ont été établis par des groupes ayant intérêt à imposer l'un ou l'autre point de vue: manifestement, les groupes ayant des intérêts commerciaux dans la pêche auront l'espoir de ne trouver que peu d'éléments prouvant l'existence d'une association problématique entre les thons et les dauphins similaire à celle qui existe dans l'ETP".

32. Plus récemment, le Secrétariat de la Communauté du Pacifique a publié une évaluation des effets sur les cétacés des pêches dans l'océan Pacifique occidental et central. Aucune donnée n'a été rendue publique sur l'interaction globale de ces pêches avec les mammifères marins. Néanmoins, l'essentiel est que les observateurs ont été témoins de l'encerclement de dauphins et de baleines, ce qui indique qu'il existe une association entre les thons et les mammifères marins dans cette partie de l'océan. En conséquence, il existe de bonnes raisons de croire que les chiffres établis sont nettement sous-estimés.

33. D'autres sources confirment que des filets sont délibérément lancés sur des mammifères marins dans l'océan Pacifique occidental et central. En 2012, la Commission des pêches du Pacifique occidental et central (WCPFC) a adopté une mesure visant à protéger les requins-baleines. En avril 2013, l'Australie et les Maldives ont soumis une proposition à la Commission des thons de l'océan Indien (CTOI) en vue de l'adoption d'une mesure de protection des requins-baleines.

34. Le fait que les navires allèguent qu'ils ne pêchent qu'avec des DCP ne signifie pas que les dauphins ne subissent pas de dommages. Par exemple, un rapport commandé par l'USDOC sur les prises accessoires de dauphins, indique qu'"aux Philippines, des scientifiques ont estimé qu'environ

2 000 dauphins – principalement des dauphins à long bec, des dauphins tachetés pantropicaux et des dauphins de Fraser – étaient tués chaque année, probablement à des niveaux non durables, par une flottille de cinq thoniers-senneurs utilisant des dispositifs de concentration du poisson".

35. Une mesure d'exécution prise récemment par l'USDOC à l'égard des navires des États-Unis vient valider l'hypothèse que les pêcheurs lancent délibérément leurs filets sur des dauphins dans l'océan Pacifique occidental et central. Dans l'affaire en question, intitulée "*In the Matter of Matthew James Freitas, et al.*" ("l'affaire Freitas"), sont impliqués cinq navires battant pavillon des États-Unis qui pêchent dans l'océan Pacifique occidental et central avec des DCP et qui sont tous gérés par la South Pacific Tuna Corporation (SPTC). Deux de ces navires ont été sanctionnés pour avoir encerclé des mammifères marins à l'aide de sennes coulissantes, en infraction à la Loi des États-Unis sur la protection des mammifères marins (MMPA). Bien que, dans l'affaire Freitas, les animaux visés soient désignés sous le nom de "baleines", les renseignements fournis indiquaient qu'il s'agissait de globicéphales et de faux-orques, deux espèces faisant partie de la famille des delphinidés.

2. La pêche au filet maillant tue ou blesse des dauphins

36. Comme l'a expliqué le Département des pêches et de l'aquaculture de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), les filets maillants dérivants sont utilisés pour capturer des thons. En 2004-2005, l'Institut central des pêcheries marines de l'Inde a conduit une étude visant à établir le nombre des cétacés capturés de manière accessoire par les pêcheurs locaux. L'étude a conclu que 10 000 cétacés environ par an, dont des dauphins, pouvaient être tués au cours d'opérations de pêche de ce type, un chiffre considéré comme "alarmant".

37. Un rapport élaboré pour la CTOI en 2012 concernant la pêche du thon au filet maillant dans les eaux territoriales du Pakistan contenait les renseignements suivants: "[i]l semble que les dauphins s'empêchent plus fréquemment dans les filets maillants ... D'après les pêcheurs, la plupart des dauphins prisonniers des filets meurent immédiatement ... Bien qu'il ne soit pas possible d'établir avec exactitude le nombre de dauphins tués chaque année au Pakistan dans les zones de pêche au thon au filet maillant, on estime, d'après les renseignements limités rassemblés récemment (Moazzam, 2012), que 25 à 35 dauphins sont tués chaque mois".

38. Par ailleurs, des prises accessoires importantes de dauphins ont été signalées dans le cadre d'opérations de pêche au filet maillant menées en Europe.

3. La pêche à la palangre tue ou blesse des dauphins

39. L'existence d'un lien entre dauphins et pêche à la palangre est bien établie. Auparavant, les analyses portaient principalement sur les effets néfastes des "déprédations" sur la pêche – c'est-à-dire la consommation par des mammifères marins des appâts ainsi que des poissons pêchés qui étaient accrochés aux hameçons des palangres –, mais il est à présent communément reconnu que les dauphins subissent de graves blessures en raison de contacts avec des palangres.

40. Dans une étude récente, il a été indiqué en résumé que "les interactions qui se produisaient, au cours d'opérations de pêche, entre les odontocètes [famille des cétacés du sous-ordre des *Odontoceti*, ou "cétacés munis de dents", qui comprend toutes les espèces de dauphins et de marsouins] et les entreprises du secteur de la pêche à la palangre posaient des problèmes au niveau mondial". Une autre étude récente a examiné les espèces de cétacés et de delphinidés impliquées dans les déprédations touchant les palangres pélagiques dans les eaux tropicales et subtropicales de la partie occidentale de l'océan Indien. Le rapport établit un lien entre les lieux dans lesquels on trouve ces espèces et les zones de pêche pélagique à la palangre de l'océan Indien. D'autres rapports confirment que les dauphins sont attirés par les activités de pêche à la palangre.

41. Malheureusement, il n'existe pas de programme de grande envergure permettant de surveiller les dommages causés aux dauphins par la pêche à la palangre. Par ailleurs, la difficulté provient du fait que les lignes peuvent mesurer jusqu'à 90 miles de longueur [145 km environ], ce qui empêche les observateurs de voir les morts ou les blessures au moment où elles se produisent. Il ne fait toutefois aucun doute que la pêche à la palangre provoque la mort et la mutilation de dauphins.

42. Les États-Unis eux-mêmes ont désigné la pêcherie de thon à la palangre dans la zone de l'État de Hawaï comme étant un danger pour la population de faux-orques (une espèce de delphinidés) dans cette région, lesquels sont classés dans la catégorie des espèces "menacées" et "en déclin". Pourtant le thon capturé ainsi est admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*. Les États-Unis ont également désigné les "pêches pélagiques à la palangre de l'océan Atlantique" comme étant des pêches préjudiciables aux mammifères marins qui exigent la mise en œuvre d'un "plan de réduction des prises". Les États-Unis n'appliquent pas de programme complet d'observation à sa flottille de palangriers qui mène ses activités au large de leurs côtes dans l'océan Atlantique; seulement 8% sont visés.

43. Selon les estimations d'un rapport publié sur la pêche à la palangre, dans le cadre du projet de protection des tortues de mer, plus de 18 000 dauphins sont tués chaque année lors d'opérations de pêche à la palangre dans l'océan Pacifique. Ces estimations ont été établies par extrapolation des données concernant les pêches à la palangre réalisées à Hawaï. Ce rapport met en garde contre le fait que ce nombre est probablement sous-estimé.

44. Un autre rapport fait état de dommages causés par la pêche à la palangre aux nageoires dorsales des dauphins. Il arrive aussi que les palangres s'enroulent autour de la queue de ces mammifères. Ce qui fait 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.

45. Les palangriers mexicains qui pêchent le thon dans le Golfe du Mexique sont assujettis à un règlement complet (NOM-023-SAG/PESCA-2014) qui exige la présence sur chaque navire d'un observateur indépendant chargé de contrôler les pratiques de pêche. À la connaissance du Mexique, il est le seul pays qui exige le contrôle par des observateurs de 100% de ses palangriers; les États-Unis ne disposent pas d'un tel règlement.

4. La pêche au chalut tue ou blesse des dauphins

46. Des dauphins sont régulièrement capturés dans les chaluts. Par exemple, un rapport figurant dans une étude de 2004 élaborée pour la Chambre des communes du Royaume-Uni indiquait qu'"une étude irlandaise consacrée à des essais de pêche de thons blancs au chalut-bœuf pélagique signalait que 30 dauphins avaient été capturés en une seule prise et que 145 cétacés avaient été capturés en une seule saison par seulement 4 chaluts-bœufs".

47. Il apparaît clairement que les dauphins et d'autres mammifères marins courent un grave danger dans les pêcheries de thon situées à l'extérieur de l'ETP et lorsque des méthodes autres que l'encerclement des dauphins sont employées, et pourtant les États-Unis n'ont rien fait pour décourager les consommateurs américains d'acheter le thon capturé dans ces conditions.

B. Procédures de repérage des thons *Dolphin Safe*

48. Pour comprendre à la fois la complexité et la nécessité d'un système de repérage des thons *Dolphin Safe*, il est crucial d'examiner d'où vient le thon et de quelle manière il est traité et repéré durant le processus de transformation.

49. Les grands producteurs mexicains sont verticalement intégrés. Plus précisément, ils possèdent leurs propres flottilles de pêche, qui livrent les thons à leurs usines de transformation situées au Mexique. Ainsi, la chaîne de propriété du thon capturé par la flottille mexicaine est maintenue depuis le moment de la pêche jusqu'à la transformation des poissons en produits du thon et la commercialisation finale de ces produits.

50. À l'extérieur de l'ETP, en raison du recours fréquent à des intermédiaires (courtiers), il serait difficile de vérifier le statut *Dolphin Safe* des thons même si des prescriptions rendaient cette vérification obligatoire. Il n'existe pas de procédures ou de prescriptions vérifiables en vue d'un tel repérage pour les navires n'opérant pas dans l'ETP et les entreprises non-ETP de transformation du thon.

51. Dans les autres pays, contrairement à la branche de production mexicaine, la plupart des grands fabricants de produits du thon ne sont pas verticalement intégrés. Ils achètent du thon à des sociétés tierces et dans de nombreux cas, le thon est passé par au moins deux entreprises avant d'être transformé.

52. Dans la pêche à la palangre comme dans la pêche à la senne coulissante, les navires frigorifiques, qui rassemblent et transportent les prises de nombreux navires, jouent un rôle important. Il semble que certains d'entre eux mènent des activités de transbordement en mer, lesquelles se prêtent 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. Il a été indiqué que les observateurs ne sont probablement pas en mesure de détecter la pêche INN ni le blanchiment du poisson.

53. Point important, les informations à fournir pour les transbordements ne portent pas sur les prescriptions *Dolphin Safe*. Aucune autorité n'est chargée de contrôler si les certificats fournis par le capitaine correspondent à un lot donné de thons, ou si ces thons ont été mêlés à des thons non certifiés dans une cuve de stockage.

54. Lorsque les navires de pêche n'ont pas capturé les thons dans l'ETP, il n'y a pas d'obligation de repérage des thons *Dolphin Safe*, pas de formulaires de repérage du thon à remplir et aucun moyen de savoir si les renseignements sur la méthode de pêche employée sont exacts et si des dauphins ont été tués ou gravement blessés lors de la capture. Sauf dans le cas des thons pêchés dans l'ETP, il n'existe aucune procédure par laquelle l'USDOC peut vérifier – ou compter sur un autre pays pour vérifier – qu'un produit du thon présenté comme contenant du thon *Dolphin Safe* en contient vraiment. À part l'AIDCP, les États-Unis ne disposent d'aucun accord international obligeant les autres pays à faire respecter les normes *Dolphin Safe* ou à vérifier la conformité avec celles-ci. Hormis dans l'ETP, il n'existe aucun moyen de déterminer si l'allégation d'un capitaine selon laquelle il n'a pas encerclé des dauphins pendant l'intégralité d'une expédition est exacte, si l'allégation selon laquelle aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé au cours d'une opération donnée pendant laquelle les thons ont été capturés est exacte, et si les thons capturés au cours d'une opération *Dolphin Safe* ont été conservés à l'écart des thons capturés au cours d'une opération non *Dolphin Safe*, ou même si une certification accompagnant des produits du thon importés correspond de manière correcte au navire responsable des prises en question et à l'expédition au cours de laquelle les thons ont été capturés.

55. En raison de l'absence de contrôles et de mécanismes de repérage pour les navires n'opérant pas dans l'ETP, les entreprises de transformation du thon situées à l'extérieur du Mexique, dans d'autres pays, ne peuvent pas vérifier (sans parler de les conserver à l'écart et de les repérer) que les thons sont *Dolphin Safe* après leur réception.

56. La Loi des États-Unis sur la protection des mammifères marins (MMPA), instrument indépendant de la mesure modifiée concernant le thon, exige des navires des États-Unis qu'ils signalent la "prise" de mammifères marins à l'extérieur de l'ETP. Toutefois, en l'absence d'observateurs indépendants pour contrôler le respect de cette prescription, l'efficacité de celle-ci est douteuse.

57. Les témoignages apportés dans le cadre de l'action en exécution engagée récemment dans l'affaire Freitas ont prouvé encore que, sans la présence d'observateurs indépendants, le certificat fourni par un capitaine n'était pas fiable. Ainsi, il est impossible pour les navires de se conformer à l'obligation énoncée dans la mesure modifiée concernant le thon selon laquelle les thons capturés au cours d'une opération dans laquelle des dauphins ont été blessés doivent être conservés à l'écart des thons capturés au cours d'opérations *Dolphin Safe*. Il est important de souligner que l'affaire Freitas concernait des navires battant pavillon des États-Unis. Les navires battant pavillon étranger ne relèvent pas de la juridiction des États-Unis, ce qui les incite d'autant moins à se conformer à la mesure modifiée concernant le thon.

58. Les deux conserveries situées sur les îles Samoa américaines reçoivent apparemment au moins quelques thons directement débarqués des navires qui les ont pêchés, et dans ce cas, elles pourraient vérifier que la déclaration du capitaine correspond au navire visé. Toutefois, il n'existe pas de système de repérage pour les thons en question, si bien qu'il n'y a aucun autre document

permettant de vérifier que les thons ont été capturés au cours d'opérations *Dolphin Safe* ou conservés à l'écart des thons non *Dolphin Safe*. D'autres conserveries des États-Unis (en Californie et en Géorgie) importent non pas des poissons entiers, mais des longes de thons de Thaïlande. Étant donné que les thons sur lesquels ces longes sont prélevées ont été débarqués, dépouillés et désossés dans un autre pays, toute tentative visant à les rattacher à un navire, à une expédition ou à une cuve de stockage spécifiques atteindrait encore plus difficilement son but.

59. Presque aucun thon provenant de l'ETP n'est utilisé par les entreprises de transformation des États-Unis et les produits du thon ETP occupent une très petite part sur le marché des États-Unis. En conséquence, pour l'écrasante majorité des produits du thon vendus sur ce marché sous le label *Dolphin Safe*, il n'existe pas de documents prouvant leur conformité en ce qui concerne toute la période précédant leur importation aux États-Unis.

C. État des populations de dauphins dans l'ETP

60. Le régime de l'AIDCP reste extrêmement efficace. La mortalité accessoire des dauphins dans la pêcherie de thons de l'ETP en 2012 ne s'élevait qu'à 870 animaux, soit une baisse de 11,8% par rapport aux 986 animaux tués en 2011. Comme cela a été indiqué dans la procédure initiale, le principal prétexte invoqué par les États-Unis pour justifier leur refus de modifier la définition de l'appellation *Dolphin Safe* afin de se conformer à l'AIDCP était que les populations des deux stocks de dauphins qu'ils considéraient comme "appauvris" ne se rétablissaient pas au rythme qu'ils jugeaient acceptable. En 2009, toutefois, les États-Unis sont convenus avec l'AIDCP de relever les limites de mortalité des dauphins (LMD) applicables à ces deux stocks pour tenir compte d'éléments plus récents indiquant que leurs populations étaient en fait en augmentation.

61. Dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, l'USDOC n'a pas compétence pour évaluer tout élément de preuve concernant les stocks de dauphins et leur rétablissement, y compris les éléments dont il est question plus haut, qui ont été réunis après la publication de la constatation finale du Département en 2002.

IV. ARGUMENTATION JURIDIQUE

A. Le Groupe spécial doit se prononcer sur toutes les allégations de violations formulées par le Mexique

62. Pour régler le présent différend, il est nécessaire que le Groupe spécial se prononce sur toutes les allégations formulées par le Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. La portée et la teneur des obligations ne sont pas les mêmes selon les dispositions visées. Dans le cas où le Groupe spécial ne formulerait pas toutes les constatations nécessaires concernant les trois allégations du Mexique, la procédure n'aboutirait qu'à un règlement partiel du différend.

B. La mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC

63. Pour qu'il y ait violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC, les conditions suivantes doivent être réunies: i) la mesure en cause doit constituer un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1; ii) les produits importés en cause doivent être similaires au produit national et aux produits d'autres origines; et iii) le traitement accordé aux produits importés doit être moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires et aux produits similaires en provenance d'autres pays.

64. La mesure modifiée concernant le thon remplit chacun des trois éléments du critère juridique défini à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC, et continue donc de constituer un "règlement technique". Par ailleurs, les produits importés en cause – à savoir les produits du thon en provenance du Mexique – continuent d'être "similaires" aux produits du thon originaires des États-Unis et aux produits du thon originaires de tout autre pays. Le dernier point à examiner est de savoir si la mesure modifiée concernant le thon accorde aux produits importés un traitement moins favorable.

1. Traitement non moins favorable

65. Les éléments fondamentaux de la conception et de la structure de la mesure qui, combinés ensemble, ont supprimé les possibilités de concurrence, ont été définis dans les dispositions de la DPCIA qui régissent l'étiquetage *Dolphin Safe*. Ces éléments continuent de faire partie intégrante de la mesure modifiée concernant le thon et n'ont pas été modifiés.

66. Les caractéristiques du marché pertinent restent inchangées. Aux États-Unis, les détaillants et les consommateurs sont sensibilisés à la question de l'absence de risque pour les dauphins et les produits arborant le label *Dolphin Safe* sont avantagés sur le marché. Les grandes chaînes d'épicerie des États-Unis continuent de refuser d'acheter les produits du thon mexicains parce qu'elles ne parviennent pas à vendre une marque qui ne bénéficie pas du label *Dolphin Safe*.

67. La situation des producteurs mexicains de thon perdure sans changement notable par rapport à la période de la procédure initiale. La flottille thonière des États-Unis ne pêche toujours pas dans l'ETP. Ainsi, 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 sur l'étiquetage *Dolphin Safe*, alors que la quasi-totalité des thons capturés par des navires des États-Unis est susceptible d'avoir le droit d'utiliser le label. En 2013, approximativement 86% des thons utilisés par les conserveries des États-Unis avaient été capturés dans l'océan Pacifique ouest alors que les thons provenant de l'ETP ne représentaient que 1% environ de leurs approvisionnements. Il en résulte que les conserveries des États-Unis n'ont utilisé presque aucun thon capturé dans l'ETP.

68. La mesure modifiée concernant le thon ne contient aucune disposition atténuant ou réduisant au minimum l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains importés. En conséquence, il est évident que l'application de la mesure sur le marché pertinent a *de facto* un effet préjudiciable sur le groupe des produits importés similaires.

69. En se fondant sur la méthode en deux étapes établie par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, le Groupe spécial doit analyser la question de savoir si l'effet préjudiciable sur les importations qui est susmentionné découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime plutôt qu'il ne dénote une discrimination à l'égard du groupe de produits importés.

70. La distinction réglementaire pertinente (c'est-à-dire la différence dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage) comprend les conditions et prescriptions ci-après qui sont énoncées dans la mesure modifiée concernant le thon: i) l'exclusion de l'encerclement des dauphins, conformément à l'AIDCP, des méthodes de pêche au thon 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 au thon pour capturer le thon d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*; ii) les prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification pour le thon capturé dans l'ETP par encerclement de dauphins, conformément à l'AIDCP, et les prescriptions différentes applicables au thon capturé à l'extérieur de l'ETP au moyen des mêmes méthodes de pêche ou de méthodes différentes; et iii) les prescriptions obligatoires concernant les observateurs indépendants pour les thons capturés dans l'ETP par encerclement de dauphins, conformément à l'AIDCP, et l'absence de telles prescriptions pour les thons capturés à l'extérieur de l'ETP au moyen des mêmes méthodes de pêche ou de méthodes différentes.

71. À l'examen des faits et circonstances se rapportant à la conception et à l'application de ces conditions et prescriptions, il est évident que l'effet préjudiciable sur les importations de produits du thon mexicains ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, mais qu'il dénote plutôt une discrimination à l'égard du groupe de produits importés.

1) Les différences concernant les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage ne sont pas légitimes

72. Dans le différend initial, l'Organe d'appel a conclu que les États-Unis n'avaient pas démontré que la différence dans les conditions d'étiquetage était "adaptée" aux risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan. Il s'ensuivait que les États-Unis n'avaient pas démontré que l'effet préjudiciable de leur mesure sur les produits du

thon mexicains découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. L'Organe d'appel a par ailleurs fait observer que la mesure des États-Unis tenait pleinement compte des effets nuisibles résultant pour les dauphins de leur encerclement dans l'ETP, alors qu'elle ne visait 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.

a) Exclusion / admission de méthodes de pêche

73. 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 de dauphins est une méthode de pêche "exclue" à titre permanent de la liste des techniques de capture de thons *Dolphin Safe*, même si l'utilisation de cette méthode est conforme aux prescriptions rigoureuses de l'AIDCP et qu'aucun dauphin n'est tué ou gravement blessé au cours de l'opération pendant laquelle les thons sont pêchés, 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 au titre de l'AIDCP et par la législation mexicaine.

74. La situation est différente dans le cas des méthodes de pêche employées pour capturer des thons 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 types de pêche aux filets dérivants) sont admises pour capturer le thon d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*, alors qu'il est bien connu que ces méthodes entraînent une mortalité ou des blessures graves importantes des dauphins.

75. Les faits et circonstances se rapportant à la conception et à l'application de la mesure en cause établissent clairement que la distinction réglementaire, c'est-à-dire la différence dans ces conditions et prescriptions en matière d'étiquetage, n'est pas impartiale. En conséquence, selon les approches adoptées tant par l'Organe d'appel que par le Groupe spécial dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'effet préjudiciable sur les importations mexicaines ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

76. La distinction réglementaire n'est pas légitime parce qu'elle n'a pas de lien rationnel avec l'objectif de la mesure. Les objectifs de la mesure initiale concernant le thon étaient 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". La mesure modifiée concernant le thon conserve les mêmes objectifs. Les méthodes de pêche au thon "admisses" produisent des effets nuisibles importants sur les dauphins et présentent des risques considérables pour ces animaux, par conséquent leur admission en vue de la capture de thons *Dolphin Safe* est incompatible avec les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. L'"exclusion" de la principale méthode de pêche employée par le Mexique et l'"admission" d'autres méthodes de pêche n'ont aucun lien rationnel avec les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. Il n'existe aucun motif extrinsèque à l'objectif de la protection des dauphins qui représente une cause ou une raison d'être justifiant le fait que les thons capturés selon ces méthodes soient désignés comme étant *Dolphin Safe*. La distinction, effectuée dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage, qui a trait à l'exclusion/l'admission de méthodes de pêche est conçue et appliquée de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable, de telle sorte qu'elle manque d'impartialité.

b) Prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification

77. La distinction réglementaire pertinente comprend des prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification. Celles-ci sont importantes parce que la caractéristique fondamentale de la mesure modifiée concernant le thon est la distinction établie entre les produits du thon qui sont *Dolphin Safe* et ceux qui ne le sont pas selon la définition des États-Unis. Eu égard à cette caractéristique fondamentale, et afin que soient atteints les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon, des renseignements exacts doivent être fournis aux consommateurs sur la question de savoir si le thon contenu dans un produit du thon a été capturé

d'une manière préjudiciable aux dauphins. C'est uniquement sur la base de renseignements exacts que le label pourra être apposé exclusivement sur les produits contenant du thon qui n'a pas été capturé d'une manière nuisible pour les dauphins.

78. Selon la mesure modifiée concernant le thon, les prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification diffèrent en fonction de la zone géographique dans laquelle les thons sont capturés.

79. Des prescriptions et procédures strictes concernant l'enregistrement des données et la vérification sont appliquées aux thons capturés dans l'ETP, et permettent d'obtenir un relevé méticuleux des opérations successives garantissant que les renseignements fournis sur le statut *Dolphin Safe* du thon mexicain, selon la définition des États-Unis, sont exacts. *A contrario*, des prescriptions et procédures similaires ne sont pas appliquées aux thons qui sont capturés dans les autres zones géographiques situées à l'extérieur de l'ETP. Le parcours de ces thons jusqu'aux consommateurs des États-Unis est plus compliqué que celui des thons mexicains, et ils peuvent perdre leur statut *Dolphin Safe* à de nombreuses occasions au cours de l'expédition de pêche, durant le processus de transformation en aval et le long de la chaîne de distribution. Il en résulte que des renseignements exacts ne sont pas fournis. La différence dans les prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification pour le thon capturé 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. À l'intérieur de l'ETP, les prescriptions sont détaillées et les renseignements exacts. À l'extérieur de l'ETP, les prescriptions sont peu fiables et ne fournissent pas de renseignements exacts sur le statut *Dolphin Safe* des produits du thon contenant le thon visé. 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, ou pourraient encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins. Il n'existe aucun motif extrinsèque à l'objectif de la protection des dauphins qui représente une cause ou une raison d'être justifiant la fourniture de renseignements inexacts sur le statut *Dolphin Safe* des thons capturés à l'extérieur de l'ETP alors que des renseignements exacts sont donnés sur les thons capturés à l'intérieur de l'ETP. Tous les thons *Dolphin Safe* devraient être étiquetés de manière exacte. Dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, les différences dans les prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification sont conçues et appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable, de telle sorte qu'elles manquent d'impartialité.

c) Prescriptions obligatoires concernant les observateurs indépendants

80. Le Mexique aborde séparément la question de la prescription obligatoire concernant les observateurs indépendants en raison de son importance fondamentale pour la désignation du thon comme étant *Dolphin Safe* au moment de sa capture. Nonobstant le fait qu'aucun des thons capturés au moyen de méthodes de pêche "admissibles" ne peut être désigné avec exactitude comme étant *Dolphin Safe*, peu importe qu'un relevé exhaustif et méticuleux des opérations successives soit mené en aval pour le consommateur des États-Unis si l'appellation *Dolphin Safe* initiale est inexacte. Le relevé entier sera entaché d'irrégularité.

81. Des observateurs qui sont indépendants, spécialement formés et agréés au titre de l'AIDCP, sont chargés de la pêche au thon dans l'ETP et s'assurent de l'exactitude des renseignements concernant le statut *Dolphin Safe* des thons capturés dans l'ETP. À l'extérieur de l'ETP, la présence d'observateurs indépendants n'est pas exigée. Selon la mesure modifiée concernant le thon, le statut *Dolphin Safe* des thons est uniquement fondé sur l'autocertification par le capitaine du navire de pêche. Cette autocertification n'a aucune valeur car les capitaines de navires ne sont pas habilités à faire des déterminations *Dolphin Safe* et même s'ils l'étaient, leurs certifications manquent foncièrement de fiabilité. Même si, dans la mesure concernant le thon, le recours à des observateurs à l'extérieur de l'ETP est envisagé dans certaines circonstances, cela n'a aucun effet parce que l'USDOC n'a établi aucune détermination selon laquelle les circonstances étaient réunies, à savoir que les observateurs étaient qualifiés et autorisés à exercer leurs fonctions dans les pêcheries situées à l'extérieur de l'ETP.

82. La différence de traitement des observateurs selon qu'ils sont à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP n'a pas de lien rationnel avec l'objectif de la mesure. L'autocertification par le capitaine du navire pour les thons capturés 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. En conséquence, la désignation initiale du statut *Dolphin Safe* du thon capturé à l'extérieur de l'ETP n'est ni fiable ni exacte. Cela entache d'irrégularité toutes les étapes ultérieures du relevé des opérations successives jusqu'aux consommateurs des États-Unis. Ainsi, ces derniers reçoivent des renseignements qui ne sont ni fiables ni exacts sur ces produits du thon, et ils pourraient être trompés ou induits en erreur, ou pourraient sans le savoir aider ou encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins. Il n'existe aucun motif extrinsèque à l'objectif de la protection des dauphins qui représente une cause ou une raison d'être justifiant que soient donnés aux consommateurs des États-Unis des renseignements fiables et exacts sur les thons capturés à l'intérieur de l'ETP alors que des renseignements non fiables et inexacts leur sont donnés sur les thons capturés à l'extérieur de l'ETP. Les différences dans le traitement des observateurs, selon qu'ils sont à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP, sont conçues et appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable, de telle sorte qu'elles manquent d'impartialité.

C. La mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994

83. Dans les circonstances du présent différend, pour déterminer s'il y a eu violation de l'article I:1, il doit être répondu à trois questions: i) les produits importés concernés sont-ils des produits "similaires"; ii) la mesure en cause confère-t-elle un avantage, une faveur ou un privilège aux produits originaires de tout autre pays; et iii) l'avantage, la faveur ou le privilège a-t-il été accordé "immédiatement et sans condition" au produit similaire originaire des territoires de tous les autres Membres?

84. Pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées plus haut concernant l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, les produits importés en cause sont "similaires" aux produits du thon nationaux au sens de l'article I:1 du GATT de 1994.

85. La mesure modifiée concernant le thon confère un avantage, au sens de l'article I:1 du GATT de 1994, aux produits du thon originaires des États-Unis et aux produits du thon provenant d'autres pays que le Mexique. L'avantage conféré par la mesure modifiée concernant le thon consiste en l'autorisation d'utiliser l'étiquetage *Dolphin Safe* aux États-Unis sur les produits du thon. Cet avantage est accordé uniquement aux produits du thon qui contiennent du thon satisfaisant aux conditions et prescriptions applicables, énoncées dans le règlement d'application de la mesure modifiée concernant le thon. La mesure affecte donc la "vente, la mise en vente [et] l'achat ... sur le marché intérieur" de produits du thon aux États-Unis. Cet avantage est accordé aux produits du thon originaires d'autres pays, dont la Thaïlande et les Philippines, qui fournissent les plus grandes quantités de produits du thon importés aux États-Unis.

86. L'"avantage" de l'accès au label *Dolphin Safe* n'est pas étendu immédiatement et sans condition aux produits du thon similaires originaires du territoire de tous les autres Membres de l'OMC, notamment du Mexique. 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* en application des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*. Cela reste encore le cas à l'heure actuelle.

D. La mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994

87. La mesure modifiée concernant le thon accorde aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits du thon des États-Unis d'une manière incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994. L'Organe d'appel a établi clairement que la portée et la teneur des dispositions de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'Accord OTC étaient différentes. En conséquence, la décision du Groupe spécial concernant l'allégation formulée par le Mexique au titre de l'article 2.1 ne permettra pas nécessairement au Groupe spécial de se prononcer sur l'allégation du Mexique au titre de l'article III:4, et il est de ce fait crucial que le Groupe spécial formule des constatations concernant l'allégation formulée au titre de l'article III:4.

88. Selon l'Organe d'appel, une mesure prise par un Membre est incompatible avec l'article III:4 si trois éléments sont réunis: i) les produits importés et les produits nationaux en cause 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 ou l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur; et iii) les produits importés sont soumis à un traitement "moins favorable" que celui accordé aux produits nationaux similaires.

89. Pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées plus haut concernant l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, les produits importés en cause sont "similaires" aux produits du thon nationaux au sens de l'article III:4 du GATT de 1994.

90. La mesure modifiée concernant le thon, qui est composée d'un ensemble de lois et de règlements énonçant les prescriptions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*, relève de la catégorie des "lois, règlements et prescriptions".

91. La mesure modifiée concernant le thon "affecte" clairement la vente, la mise en vente, l'achat et la distribution des produits du thon. Comme l'ont constaté le Groupe spécial et l'Organe d'appel, l'accès au label *Dolphin Safe* constitue un "avantage" sur le marché des États-Unis; l'absence d'accès au label *Dolphin Safe* a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence sur le marché des États-Unis; et 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*, affecte les conditions dans lesquelles des produits similaires, nationaux et importés, sont en concurrence sur le marché du territoire d'un Membre.

92. Par ailleurs, l'article III:4 dispose que les Membres de l'OMC doivent accorder aux produits importés un "traitement non moins favorable" que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale. Comme il a été expliqué plus haut, 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 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 des produits similaires, nationaux et importés, étaient en concurrence sur le marché du territoire d'un Membre. En outre, 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* en application des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* alors que la quasi-totalité des thons capturés par des navires des États-Unis est susceptible d'avoir le droit d'utiliser le label. Cela reste encore le cas à l'heure actuelle.

V. CONCLUSION

93. Compte tenu de ce qui précède, le Mexique demande respectueusement que le Groupe spécial constate 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 avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

ANNEXE B-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DU MEXIQUE****I. INTRODUCTION**

1. Dans la présente communication, le Mexique répond aux arguments formulés par les États-Unis et complète plus avant la base juridique et factuelle de ses allégations selon lesquelles la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 et selon laquelle, dans le cas des violations du GATT de 1994, cette mesure ne peut être rachetée par l'invocation des exceptions générales de l'article XX.

2. Les produits du thon mexicains continuent d'être privés du label *Dolphin Safe*, alors que les produits du thon contenant du thon provenant de zones de pêche autres que l'ETP peuvent facilement bénéficier du label *Dolphin Safe* avec pour seul élément justificatif un exemplaire non vérifié d'une simple déclaration du capitaine du navire alléguant que le thon a été capturé sans risque pour les dauphins, sans prescriptions comparables concernant le repérage pour vérifier l'origine du thon et son statut *Dolphin Safe* et sans prendre en considération l'effet préjudiciable important que les méthodes de pêche utilisées pour capturer le thon ont sur les dauphins dans les zones de pêche autres que l'ETP. L'équilibre des possibilités de concurrence entre les produits du thon mexicains et les produits similaires des États-Unis et d'autres pays est rompu car l'on part du principe que ces autres produits ont le statut *Dolphin Safe*, alors qu'en réalité ce statut ne peut pas être prouvé. Par conséquent, il est fort probable que des produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP dans des conditions ayant des effets nuisibles sur les dauphins entrent sur le marché des États-Unis en utilisant, de manière inexacte, le label *Dolphin Safe*.

3. Les États-Unis ont présenté de manière erronée les arguments et les éléments de preuve du Mexique et n'en ont pas tenu compte. Par exemple, dans leur communication, les États-Unis déclarent à diverses reprises que l'"encerclement des dauphins [est] *particulièrement* dommageable pour ces derniers" (italique dans l'original), en citant le paragraphe 289 du rapport de l'Organe d'appel. Cette affirmation présente de manière erronée la déclaration de l'Organe d'appel et la cite hors de son contexte.

II. RÉPONSE À LA DESCRIPTION DES DONNÉES DE FAIT PERTINENTES DONNÉE PAR LES ÉTATS-UNIS

4. Les États-Unis font valoir qu'il est peu probable que le thon importé de lieux de pêche autres que l'ETP n'ait pas le statut *Dolphin Safe* puisque certains des exemples fournis par le Mexique portaient sur la pêche dans les eaux de pays qui exportent relativement peu de thon vers les États-Unis, comme l'Inde et Sri Lanka. Pour étayer cet argument, les États-Unis se fondent sur des statistiques douanières d'importation et une base de données confidentielle sur les pavillons des navires et les types d'engins utilisés prétendument extraites du formulaire 370 et sur des informations consignées par les conserveries des États-Unis lorsqu'elles reçoivent du thon provenant de navires battant pavillon des États-Unis. Les États-Unis allèguent également que le Mexique n'a établi aucun élément de preuve concernant la mortalité causée chez les dauphins par les navires des nations qui sont les principaux exportateurs de produits du thon vers les États-Unis.

5. En particulier, les États-Unis affirment que les navires battant pavillon de la Thaïlande, des Philippines, du Viet Nam, de l'Équateur, de l'Indonésie et des États-Unis capturent le thon qui est contenu dans plus de 96% des conserves de thon du marché des États-Unis. À l'appui de cette déclaration, les États-Unis citent des statistiques sur les importations de produits du thon en conserve et en sachet. Mais la transformation du thon entier en longues (qui sont ensuite conditionnées sous la forme de produits en conserve ou en sachet) est considérée par la législation des États-Unis comme une "transformation substantielle", qui modifie le pays d'origine du poisson, lequel est alors le pays où a lieu la transformation. Par conséquent, le pays d'origine d'un produit du thon est le pays où a eu lieu la transformation et non le pays du navire qui a capturé le thon. Le fait que des produits du thon ont la Thaïlande pour origine ne donne donc aucune indication sur la nation à laquelle appartenaient les navires ayant capturé le thon. Le fait que la flotte

thaïlandaise de thoniers ne peut fournir qu'une infime partie du thon utilisé dans les produits du thon transformés en Thaïlande confirme la véracité de cette donnée de fait. La Thaïlande importe chaque année entre 800 000 et 900 000 tonnes de thon congelé pour approvisionner son secteur de la conserverie, et les principales sources d'approvisionnement sont Taiwan, les États-Unis, la Corée du Sud, le Vanuatu, le Japon et les pays de l'ASEAN. De plus, nul ne conteste que, comme le Mexique l'a déjà démontré, les entreprises de transformation du thon de Thaïlande obtiennent 80% de leur approvisionnement auprès de sociétés de commerce du thon qui i) achètent le thon à des tiers et ii) regroupent régulièrement les prises de thon provenant de différents navires à bord de navires de transport, ce qui rend particulièrement difficile, voire impossible, de déterminer l'origine initiale du thon.

6. Le problème de l'inexactitude n'est pas limité à la Thaïlande. La pêche illicite, non déclarée et non réglementée est un phénomène mondial. Par exemple, l'Union européenne a récemment adressé des mises en garde à un certain nombre de pays, parmi lesquels la Corée du Sud et le Vanuatu (qui sont tous les deux de gros fournisseurs de la Thaïlande), quant au fait qu'ils ne respectaient pas leurs obligations internationales en matière de lutte contre la pêche illicite.

7. En conséquence, l'allégation des États-Unis selon laquelle tous les produits du thon d'origine thaïlandaise contiennent du thon capturé par des navires battant pavillon thaïlandais est de manière évidente et flagrante incorrecte. Les États-Unis ne disposent pas d'informations sur les origines du thon utilisé dans les produits du thon thaïlandais, et dans les produits du thon importés d'autres pays qui ne sont pas parties à l'AIDCP, y compris le Viet Nam, les Philippines et l'Indonésie. Cette absence d'informations concerne également les longes de thon importées de Thaïlande pour être utilisés dans les conserveries des sociétés Bumblebee et Chicken of the Sea aux États-Unis, puisqu'il serait déclaré que ces longes sont d'origine thaïlandaise même si le thon avait été capturé, par exemple, par un navire battant pavillon de Taiwan ou de Sri Lanka. Cette absence flagrante d'exactitude dans les informations des États-Unis jette le doute sur la majeure partie – si ce n'est la totalité – des données des États-Unis sur l'origine du thon contenu dans les produits du thon et provenant de zones autres que l'ETP et sur le type d'engins utilisés pour le capturer.

8. Le Mexique a précédemment établi qu'un grand nombre de dauphins avaient été tués dans le Pacifique occidental et central (WCPO) par des navires pêchant le thon à la senne coulissante. En outre, le Mexique a établi que d'autres méthodes de pêche qui sont utilisées à l'échelle mondiale, en particulier la pêche à la palangre, la pêche au filet maillant et la pêche à la traîne, sont très destructrices pour les dauphins, avec des effets directs et indirects.

9. En particulier, le Mexique a établi que des navires battant pavillon des États-Unis posaient des sennes coulissantes sur des dauphins dans le Pacifique occidental et central sans que ces opérations fassent l'objet d'une autodéclaration, et que des palangriers thoniers des États-Unis tuaient et blessaient des dauphins dans les zones d'Hawaii et de l'Atlantique.

10. Selon un rapport sur le Viet Nam présenté à la Commission des pêches pour le Pacifique occidental et central (WCPFC), la flotte du Viet Nam pêche le thon en utilisant des palangres, des sennes coulissantes, des filets maillants et des lignes à main; le Viet Nam ne dispose pas de chiffres fiables quant au nombre de ses thoniers; il n'a pas de méthode fiable pour suivre la quantité de thons débarqués; et il n'a pas mis en place de programme d'observation. En outre, le Mexique a présenté des éléments de preuve montrant que des thoniers senniers des Philippines avaient tué des milliers de dauphins, que les pêcheurs des Philippines utilisaient des filets maillants pour attraper des dauphins et que les "opérations collectives de pêche à la senne" aux Philippines pouvaient bénéficier d'une dérogation à l'interdiction générale du transbordement en mer établie par la WCPFC. Taiwan a de loin la plus grosse flotte de thoniers du Pacifique occidental et central et est le premier fournisseur de thon de la Thaïlande et d'autres pays. Le Mexique a établi que des navires taiwanais utilisaient des filets maillants pour capturer le thon et que les palangriers taiwanais tuaient des dauphins.

11. Les éléments de preuve montrent clairement l'existence de risques importants pour les dauphins dans les zones de pêche à l'extérieur de l'ETP, qui sont dus à l'utilisation d'un certain nombre de méthodes de pêche différentes. Les États-Unis n'ont pas expliqué en quoi ces autres méthodes de pêche – y compris l'utilisation de sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP, de palangres, de filets maillants, de traînes et de filets maillants dérivants en haute mer – devraient être considérées comme étant par essence sans risque pour les dauphins. Comme le Mexique l'a

indiqué dans sa première communication écrite, l'association entre thons et dauphins a été observée et attestée dans des régions océaniques autres que l'ETP. Le fait que des milliers de dauphins sont tués dans des sennes coulissantes à l'extérieur de l'ETP porte à croire que des navires ont recours à l'encerclement des dauphins, de manière intentionnelle et régulière, à l'extérieur de l'ETP, même lorsqu'ils affirment qu'ils pêchent au moyen de dispositifs de concentration du poisson. Par ailleurs, les milliers de dauphins sont tués du fait d'"accidents", comme l'allèguent les États-Unis, l'association entre les dauphins et la pêche à la senne coulissante à l'extérieur de l'ETP doit être particulièrement étroite.

12. La pêche à la palangre attire les dauphins – qui sont attirés par l'appât sur les hameçons –, ce qui signifie que les dauphins "s'associent" à la pêche à la palangre. Le Mexique a également montré que, même lorsque les dauphins ne meurent pas immédiatement de l'interaction avec les palangres, ils risquent de subir de graves mutilations ou autres effets dommageables. Le Mexique a également établi que la pêche au filet maillant tue chaque année des centaines de milliers de dauphins et que cette méthode de pêche est utilisée par certaines des nations qui sont les plus gros fournisseurs du thon utilisé dans la production des produits du thon. Le Mexique a par ailleurs montré que la pêche à la traîne tuait et blessait les dauphins.

13. Les États-Unis allèguent que l'autocertification par le capitaine est suffisante pour vérifier qu'il est satisfait aux prescriptions applicables aux produits du thon *Dolphin Safe*. Mais l'enregistrement des données et les inspections faites dans les conserveries – qui sont prescrits uniquement pour les conserveries situées aux États-Unis et dans l'ETP, mais pas ailleurs – ne peuvent pas améliorer l'exactitude des certificats établis par les capitaines. Il en va de même de la certification établie par les importateurs et les exportateurs, qui ne sont bien sûr pas présents à bord des navires lorsque le thon est capturé. En fait, l'affirmation des États-Unis selon laquelle les déclarations des capitaines constituent des "outils essentiels" pour vérifier le respect de toutes les règles de pêche applicables est contredite par l'ampleur considérable de la pêche illicite, non déclarée et non réglementée contre laquelle certaines nations, y compris, comme nous l'avons vu plus haut, l'Union européenne, tentent de lutter. De fait, le Président Obama a récemment annoncé la mise en place d'une nouvelle initiative visant à consacrer les ressources du gouvernement des États-Unis à dissuader la pêche illicite, non déclarée et non réglementée.

14. S'agissant de l'enregistrement des données, les États-Unis reconnaissent que les prescriptions détaillées concernant l'enregistrement des données existent seulement pour le thon capturé par les grands navires équipés de sennes coulissantes qui opèrent dans l'ETP d'une manière conforme à l'AIDCP. Les États-Unis conviennent aussi que ces prescriptions s'appliquent aux produits du thon importés d'un pays partie à l'AIDCP. Ils conviennent également expressément que la mesure modifiée concernant le thon n'impose aucune prescription nouvelle concernant l'enregistrement des données ou la vérification aux entreprises de transformation autres que les entreprises des États-Unis. Il n'est donc pas contesté que, pour ce qui est de l'enregistrement des données, la mesure modifiée concernant le thon impose des prescriptions différentes pour les produits du thon de l'ETP et les produits du thon d'autres régions.

15. En outre, et ce fait est important, les États-Unis ont confirmé qu'aucun grand navire équipé de sennes coulissantes battant pavillon des États-Unis n'opérait actuellement dans l'ETP. Aucun produit du thon contenant du thon capturé par des navires des États-Unis n'est donc soumis aux prescriptions détaillées concernant le repérage et l'enregistrement des données applicables au thon capturé à l'intérieur de l'ETP énoncées aux articles 216.92 et 216.93 du titre 50 du CFR. Lorsque les autorités des États-Unis procèdent à leur "vérification" dans les conserveries des États-Unis, elles peuvent seulement contrôler que si la conserverie archive les documents qu'elle reçoit; il n'y a aucun moyen de vérifier la validité de la documentation. Les États-Unis ne procèdent à aucune vérification dans les conserveries qui ne sont pas situées sur leur territoire et ils ont reconnu, au cours de la période prévue pour la présentation d'observations sur leur nouvelle réglementation, que le gouvernement des États-Unis n'avait pas le pouvoir ou la capacité juridique d'y procéder en dehors de leur territoire.

16. Les éléments de preuve présentés par le Mexique sur la mortalité des dauphins et les blessures qu'ils subissent dans les zones de pêche à l'extérieur de l'ETP et sur la mortalité et les blessures dues à d'autres méthodes de pêche sont substantiels et non contestés. Les éléments de preuve du Mexique permettent aussi sans conteste d'établir une présomption qu'il existe une inquiétude véritable concernant le dommage causé aux dauphins à l'extérieur de l'ETP.

17. À l'heure actuelle, la valeur du thon capturé par un navire équipé de sennes coulissantes pendant une expédition classique 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. Comme, en vertu de la mesure des États-Unis, la méthode d'encerclement des dauphins ne peut pas être utilisée, ni même une seule fois, au cours d'une expédition, le capitaine est très fortement dissuadé de procéder à une autodéclaration concernant l'encerclement des dauphins. Dans le cas peu probable où un navire des États-Unis se ferait prendre alors qu'il a fait une déclaration mensongère – comme dans l'affaire Freitas –, l'amende n'est que de 11 000 dollars EU par infraction, ce qui est de *minimis* par rapport à la valeur de la prise. Les navires ne battant pas pavillon des États-Unis n'encourent, bien sûr, absolument aucune amende puisqu'ils ne relèvent pas de la juridiction des États-Unis. Par conséquent, les amendes infligées par les États-Unis en cas d'encerclement des dauphins ne créent pas d'effet dissuasif. Pourtant, les produits du thon contenant du thon capturé de cette manière peuvent dans la pratique bénéficier du label *Dolphin Safe* si le thon a été capturé à l'extérieur de l'ETP puisqu'il n'y a pas d'observateurs indépendants chargés de surveiller les pratiques de pêche.

III. ARGUMENTS JURIDIQUES

A. Le Groupe spécial a compétence au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends pour se prononcer sur l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC

18. Les arguments avancés par les États-Unis selon lesquels le Groupe spécial n'a pas compétence pour examiner l'allégation du Mexique selon laquelle la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC, compliquent inutilement une situation très simple. Le Groupe spécial a clairement compétence pour se prononcer sur l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1. En formulant leurs arguments, les États-Unis font l'amalgame entre "l'allégation" du Mexique au titre de l'article 2.1 et les "arguments" qu'il avance pour étayer cette allégation.

19. Le Mexique ne partage pas l'opinion selon laquelle les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage sont "inchangées" par rapport à la mesure initiale concernant le thon. L'allégation du Mexique porte non seulement sur les modifications spécifiques apportées aux dispositions de la mesure, mais aussi sur la mesure modifiée concernant le thon dans son intégralité, qui, en tant que mesure "prise pour se conformer", est "en principe, ..., une nouvelle mesure différente". À titre subsidiaire, dans la mesure où le Groupe spécial constaterait que les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage sont inchangées, l'Organe d'appel a été d'avis qu'une allégation formulée antérieurement dans la procédure initiale pouvait être formulée de nouveau concernant un "aspect" inchangé de la mesure "prise pour se conformer" si cette allégation n'avait pas été résolue sur le fond dans la procédure initiale, de telle sorte que l'ORD n'avait établi aucune constatation à son sujet. De plus, dans l'affaire *États-Unis – Réduction à zéro (article 21:5 – CE)*, l'Organe d'appel a précisé que "de nouvelles allégations à l'encontre d'aspects indissociables d'une mesure prise pour se conformer qui sont inchangés par rapport à la mesure initiale" relevaient du mandat d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5, même dans le cas où ces allégations auraient pu être présentées dans la procédure initiale, mais ne l'avaient pas été. Contrairement aux affirmations des États-Unis, l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC au sujet de la mesure modifiée concernant le thon ne "[met]" en aucun cas "en cause les principes d'équité fondamentale et de régularité de la procédure".

B. La mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC

20. L'argument des États-Unis selon lequel la mesure modifiée concernant le thon n'est pas contraire à l'article 2.1 parce que l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains importés découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime est dénué de fondement. Vu la décision prise récemment par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, le Mexique limitera sa communication à l'approche de l'Organe d'appel.

21. Contrairement à ce qu'avancent les États-Unis, la distinction réglementaire pertinente englobe les trois conditions et prescriptions en matière d'étiquetage identifiées par le Mexique dans la présente procédure. Si une distinction réglementaire constitue un moyen de

"discrimination arbitraire", elle n'est pas impartiale et, par conséquent, elle ne peut pas être une distinction légitime. Dans ces circonstances, on ne peut pas dire que l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Le sens de l'expression "discrimination arbitraire" figurant dans le texte introductif de l'article XX fournit un contexte pour le sens de cette expression à l'article 2.1. Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a constaté que, lorsque les éléments d'une mesure étaient "contraires à l'esprit, sinon à la lettre, de l'article X:3", qui établissait certains critères minimaux concernant la transparence et l'équité au plan de la procédure dans l'administration des règlements commerciaux, la mesure était appliquée d'une manière qui équivalait à une discrimination arbitraire au sens du texte introductif. L'évaluation de l'impartialité de l'administration conformément à l'article X:3 a) du GATT et l'évaluation de l'impartialité conformément à l'article 2.1 de l'Accord OTC dépendent toutes les deux d'un examen de la manière dont la législation ou le règlement en question est appliqué. En outre, comme l'a estimé l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'un des facteurs les plus importants pour l'évaluation d'une discrimination arbitraire ou injustifiable au titre du texte introductif de l'article XX est "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". Par conséquent, l'analyse de l'administration impartiale au titre de l'article X:3 a) et l'analyse du lien rationnel au titre du texte introductif de l'article XX peuvent être utilisées comme moyen d'évaluer l'impartialité au sens de l'article 2.1.

22. **Exclusion/admission de méthodes de pêche.** Les États-Unis n'ont pas réfuté l'allégation *prima facie* du Mexique selon laquelle les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage imposées par la mesure modifiée concernant le thon variaient en fonction de la méthode de pêche utilisée pour capturer le thon et selon laquelle cette différence réglementaire – qui exclut de fait la méthode de pêche utilisée par la majeure partie de la flotte de thoniers mexicains qui ne peut donc pas capturer du thon admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe* des États-Unis, alors qu'elle admet de fait d'autres méthodes de pêche dont on sait qu'elles sont dommageables pour les dauphins – n'était pas impartiale.

23. Les États-Unis font valoir que "le Mexique n'est pas en mesure de prouver que certaines autres techniques de pêche ont des effets préjudiciables sur les dauphins qui sont égaux ou supérieurs à l'effet que l'encerclement a sur les dauphins". Mais cela montre tout simplement que le point de repère utilisé par les États-Unis pour admettre ou exclure une méthode de pêche n'est pas du tout clair. Les justifications changeantes et incompatibles données par les États-Unis fournissent des éléments de preuve solides de l'existence d'un caractère arbitraire. Bien que les États-Unis fassent aussi valoir qu'il existe "d'importantes preuves scientifiques" sous-tendant la distinction entre les méthodes de pêche, ils n'ont présenté aucune preuve scientifique pour étayer la différence réglementaire. De plus, la mesure modifiée concernant le thon ne prévoit pas de nouvelle évaluation scientifique de l'incidence défavorable sur les stocks de thon dans l'ETP et le Service national des pêcheries maritimes des États-Unis n'a jamais entrepris d'évaluer les risques pour les dauphins dans d'autres régions océaniques. Enfin, les États-Unis tentent de différencier l'encerclement des dauphins d'autres méthodes de pêche en faisant valoir que "l'encerclement des dauphins est la seule technique de pêche qui cible spécifiquement les dauphins", qu'elle "est par essence dommageable pour les dauphins" et que "ce dommage ne se produit pas avec d'autres méthodes de pêche", tandis que le dommage causé par les filets maillants l'est "simplement par accident". Cet argument met en évidence l'absence de lien rationnel entre la différence dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage prévues par la mesure modifiée concernant le thon et les objectifs de cette mesure. La question de savoir si les exploitants du navire affirment que la mortalité ou les blessures graves étaient un "accident" n'est pas pertinente.

24. **Prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification.** Les États-Unis n'ont pas réfuté l'allégation *prima facie* du Mexique selon laquelle, dans la mesure modifiée concernant le thon, les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* pour ce qui est de l'enregistrement des données, du repérage et de la vérification variaient en fonction de la zone géographique dans laquelle le thon était capturé, et selon laquelle cette différence n'était pas impartiale. Si 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, il ne prescrit ni de vérification indépendante du statut *Dolphin Safe* pour les produits contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP, ni moyens effectifs de repérer ce statut alors que le thon 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 et importé aux États-Unis.

25. L'exactitude du statut *Dolphin Safe* des produits du thon au titre de la mesure modifiée concernant le thon est un élément fondamental pour évaluer la question de savoir si la mesure est "impartiale". Comme le Mexique l'a expliqué dans sa première communication écrite, les prescriptions et procédures prévues par la mesure modifiée concernant le thon sont insuffisantes pour permettre le relevé nécessaire des opérations successives permettant de suivre le thon. Par conséquent, il n'est pas fourni d'informations exactes sur le statut *Dolphin Safe* des produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP. Étant donné que les consommateurs des États-Unis bénéficient d'informations exactes concernant le statut *Dolphin Safe* des produits contenant du thon capturé à l'intérieur de l'ETP, mais d'informations qui sont par essence invérifiables, peu fiables et inexactes concernant le statut *Dolphin Safe* des produits contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP, les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* pour ce qui est de l'enregistrement de données et de la vérification sont dépourvues d'impartialité et constituent un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié. Il est fort probable, voire certain, que des produits du thon obtenus à partir de thon capturé à l'extérieur de l'ETP dans des conditions qui ne sont pas sans risque pour les dauphins entrent sur le marché des États-Unis en utilisant, de manière inexacte, le label *Dolphin Safe*. Il est accordé à ces produits du thon un avantage comparatif illégitime par rapport à des produits par ailleurs équivalents contenant du thon capturé dans l'ETP d'une manière qui n'est pas sans risque pour les dauphins. Eu égard à l'analyse faite par l'Organe d'appel dans l'affaire CE – *Produits dérivés du phoque* dans le contexte du texte introductif de l'article XX, lequel a constaté que des éléments *prima facie* avaient été établis au motif que des produits dérivés du phoque provenant de chasses "commerciales" pouvaient potentiellement entrer sur le marché européen en étant classés de manière inexacte, comme relevant de l'exception CI, le Mexique est uniquement tenu de démontrer que, dans les circonstances liées à la conception et l'application des conditions et prescriptions en matière d'étiquetage énoncées par la mesure modifiée concernant le thon, des produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP d'une manière qui n'est pas sans risque pour les dauphins pourraient potentiellement entrer sur le marché des États-Unis en utilisant, de manière inexacte, le label *Dolphin Safe*. La charge de la preuve est alors déplacée et c'est aux États-Unis qu'il incombe d'expliquer de manière satisfaisante de quelle façon des cas de cette nature peuvent être évités dans le cadre de l'application des conditions et prescriptions en matière d'étiquetage de la mesure modifiée concernant le thon. Si le Mexique ne s'est pas limité au critère requis pour établir des éléments *prima facie*, les États-Unis n'ont fourni absolument aucune explication, et *a fortiori* aucun élément de preuve, et ne se sont donc pas acquittés de la charge de la preuve qui leur incombait.

26. **Prescriptions obligatoires concernant les observateurs indépendants.** Les États-Unis n'ont pas réfuté l'allégation *prima facie* du Mexique selon laquelle l'absence de prescriptions obligatoires concernant les observateurs indépendants pour la pêche au thon à l'extérieur de l'ETP signifiait que l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur les importations de produits du thon mexicains ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime et dénotait en fait une discrimination à l'encontre d'un groupe de produits importés. Si la désignation *Dolphin Safe* initiale est inexacte sur le lieu où le thon est pêché, l'intégralité du relevé des opérations successives pour les produits du thon sera entachée d'irrégularité.

27. Les États-Unis font valoir qu'une distinction arbitraire de cette nature est autorisée puisqu'elle dénote en fait une "adaptation" des menaces relatives que les différentes méthodes de pêche au thon représentent pour les dauphins. Cet argument relatif à l'"adaptation", qui implique qu'il est acceptable de fournir des informations peu fiables aux consommateurs des États-Unis au sujet du thon capturé à l'extérieur de l'ETP, est totalement incompatible avec l'objectif principal de la mesure, qui dépend d'informations exactes, et il ne peut être concilié avec l'objectif de politique générale pertinent. Les États-Unis ne peuvent justifier l'autocertification par référence à d'autres contextes réglementaires, parce qu'il est impossible de confirmer ou de vérifier l'exactitude d'une certification *Dolphin Safe* au moyen d'un contrôle effectué après coup. La réalité pratique des activités de pêche au thon est que, lorsque le thon arrive sur le territoire des États-Unis, les autorités n'ont aucun moyen de vérifier l'exactitude de la certification *Dolphin Safe* à laquelle le capitaine a procédé. Le thon en question est capturé et certifié par le capitaine en haute mer, à des milliers de kilomètres de la terre, et loin de la surveillance d'autorités objectives et indépendantes. Comme l'a estimé l'Organe d'appel dans les affaires CE – *Produits dérivés du phoque* et *États-Unis – Crevettes*, l'existence de mécanismes efficaces de vérification et de

contrôle est fondamentale pour ce qui est de savoir si une mesure peut être appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire. En outre, les groupes spéciaux *Argentine – Peaux et cuirs* et *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)* ont estimé, dans le contexte de l'article X:3 a) du GATT de 1994, que, lorsqu'un instrument juridique prévoyait la participation d'une partie d'une branche de production privée à l'administration de règlements affectant les propres intérêts commerciaux de cette partie, cela entraînerait, faute de sauvegardes adéquates, un "danger intrinsèque" que la partie administre les lois ou réglementations d'une manière allant dans son propre intérêt, c'est-à-dire alignée sur ses propres intérêts commerciaux et, par conséquent, dépourvue d'impartialité. Tel est exactement le cas des conditions et prescriptions en matière d'étiquetage énoncées par la mesure modifiée concernant le thon pour ce qui est de l'autocertification, par les capitaines, du statut *Dolphin Safe* du thon capturé par leurs propres navires de pêche et il n'existe aucune sauvegarde pour remédier à ce problème.

C. La mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994

28. Les États-Unis n'ont pas réfuté l'allégation *prima facie* du Mexique selon laquelle la mesure modifiée concernant le thon était incompatible avec les articles I:1 et III:4. Le moyen de défense des États-Unis consiste à s'appuyer sur certaines constatations formulées par le Groupe spécial initial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui ont été infirmées par l'Organe d'appel, et sur une interprétation des articles I:1 et III:4 qui a été expressément rejetée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*.

29. Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a été d'avis que l'article I:1 interdisait d'assortir des conditions à l'octroi d'un avantage – y compris des distinctions réglementaires établies entre des produits importés similaires – qui "[avaient] une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires en provenance de tout Membre". L'Organe d'appel a affirmé que la constatation de l'existence d'une incidence préjudiciable était suffisante à elle seule pour démontrer l'existence d'une violation de l'article I:1 ou de l'article III:4, ou des deux, et qu'aucune autre analyse de la question de savoir si l'incidence préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime (c'est-à-dire une "analyse de la discrimination") n'était requise au titre de ces dispositions. 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, la distinction réglementaire demeure essentiellement la même et les produits du thon d'origine mexicaine continuent à être effectivement exclus du marché des États-Unis.

D. Les incompatibilités avec les articles I:1 et III:4 ne peuvent être rachetées par l'invocation de l'article XX du GATT de 1994

30. Les États-Unis ont invoqué les exceptions générales prévues à l'article XX b) et XX g) du GATT de 1994. Aucune de ces exceptions ne s'applique à la mesure en cause.

31. Dans la procédure initiale, le Groupe spécial a identifié deux objectifs pour la mesure modifiée concernant le thon – l'"objectif d'information des consommateurs" (objectif principal) et l'"objectif de protection des dauphins" (objectif secondaire) – et a constaté qu'il y avait une corrélation directe entre ces deux objectifs. L'"objectif" principal d'"information des consommateurs" est sans rapport avec les exceptions énoncées aux alinéas b) et g) étant donné qu'il ne permet pas de fournir des informations exactes aux consommateurs des États-Unis sur le point de savoir si les produits du thon contiennent du thon qui a été capturé d'une manière ayant des effets nuisibles sur les dauphins. L'"objectif" secondaire "de protection des dauphins" dépend de la réalisation de l'objectif principal. Comme la mesure ne réalise pas son objectif principal, elle ne peut pas réaliser son objectif secondaire.

32. Au titre de l'article XX b), la mesure en cause doit être "nécessaire" pour réaliser l'objectif recherché. Du fait des inexactitudes mentionnées plus haut, la mesure modifiée concernant le thon ne prend pas en considération le dommage causé aux dauphins par les méthodes de pêche au thon utilisées à l'extérieur de l'ETP et, par conséquent, elle ne contribue pas aux objectifs recherchés et n'est pas "nécessaire". De plus, il existe des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce, qui sont raisonnablement à la disposition des États-Unis et qui peuvent permettre de réaliser les objectifs recherchés. Premièrement, la mise en place d'un système

d'observateurs qualifiés et indépendants et d'un système de repérage du thon à l'extérieur de l'ETP, qui soient équivalents à ceux qui existent dans le cadre de l'AIDCP, permettrait d'établir un juste équilibre entre les conditions et prescriptions prévues, pour le statut *Dolphin Safe*, par la mesure modifiée concernant le thon et les systèmes prescrits par l'AIDCP. Cela réduirait la discrimination *de facto* à l'encontre des produits du thon mexicains et serait par conséquent moins restrictif pour le commerce. Deuxièmement, la mesure pourrait être révisée afin de permettre la coexistence de systèmes d'étiquetage qui seraient prescrits par la législation des États-Unis pour fournir aux consommateurs des informations complètes et exactes sur les points suivants: méthode de pêche utilisée pour capturer le thon contenu dans le produit; risques de capture accessoire liés à cette méthode de pêche; viabilité à long terme de la méthode de pêche; et, enfin, mesures prises pour protéger les dauphins et type de système de repérage et de vérification complétant le système de protection. Cette mesure de rechange donnerait aux produits du thon mexicains une possibilité plus raisonnable d'avoir accès aux principaux circuits commerciaux de distribution sur le marché des États-Unis et serait donc moins restrictive pour le commerce. Les deux mesures de rechange permettraient de fournir des renseignements plus exacts aux consommateurs des États-Unis et seraient raisonnablement disponibles.

33. L'article XX g) ne s'applique pas puisque la mesure modifiée concernant le thon ne se rapporte pas à la "conservation" des dauphins. Elle n'est pas prévue, conçue ou appliquée comme une mesure nécessaire pour conserver les stocks de dauphins pendant les opérations de pêche au thon dans l'ETP ou pour promouvoir la reconstitution de ces stocks. Les inexactitudes touchant à l'information mentionnées plus haut compromettent encore un peu plus tout effet de conservation que la mesure pourrait avoir. La mesure n'a donc pas de "relation substantielle" avec l'objectif de conservation, de telle sorte qu'elle ne "vis[e] qu'incidemment ou qu'accidentellement à" la conservation, comme l'ont considéré l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Essence* et le Groupe spécial dans l'affaire *Chine – Terres rares*. De plus, la mesure n'est pas "appliquée[] conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales". Les États-Unis n'ont pas identifié de "restrictions à la production ou à la consommation nationales" de ce type car l'on ne peut pas dire qu'il en existe.

34. Si le Groupe spécial vient à constater que les alinéas a) et/ou g) pourraient s'appliquer, la mesure modifiée concernant le thon ne satisfait pas aux prescriptions du texte introductif de l'article XX puisqu'elle est conçue et appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent. Conformément à l'analyse faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, les conditions existant dans les différents pays, "qui sont pertinentes aux fins de l'établissement d'une discrimination arbitraire ou injustifiable à la lumière du caractère spécifique de la mesure en cause", sont, de manière pertinente, "les mêmes" au sens du texte introductif de l'article XX. Les effets nuisibles pour les dauphins causés par la pêche au thon commerciale sont les mêmes pour tous les pays qui se livrent à des activités commerciales de pêche au thon et, par conséquent, pour tous les pays qui utilisent le thon capturé lors de cette pêche commerciale pour la fabrication de produits du thon finis. Vu l'ampleur considérable de ces effets, chacun de ces pays produit au moins certains produits du thon qui contiennent du thon qui a été capturé d'une manière ayant entraîné des effets nuisibles sur les dauphins.

35. La mesure est appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable puisque les conditions et prescriptions différentes, en matière d'étiquetage, pour le thon capturé dans l'ETP et le thon capturé à l'extérieur de l'ETP, sont conçues et appliquées d'une manière qui est dépourvue d'impartialité et qui constitue un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ce qui entraîne des différences réglementaires modifiant les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon provenant du Mexique, par rapport aux produits similaires originaires des États-Unis et aux produits similaires originaires d'autres pays. Si tous les pays produisent des produits du thon contenant du thon qui a été capturé d'une manière ayant des effets nuisibles sur les dauphins, les conditions et prescriptions différentes en matière d'étiquetage prévues par la mesure modifiée concernant le thon sont conçues et appliquées d'une manière qui empêche *de facto* les seuls produits du thon mexicains d'utiliser le label *Dolphin Safe*. Cela constitue de manière manifeste un traitement différencié pour les produits similaires provenant de pays où les mêmes conditions existent. Cette situation engendre nécessairement une "discrimination arbitraire ou injustifiable" au sens du texte introductif de l'article XX. De plus, cette discrimination ne peut pas être conciliée avec les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon, ou rationnellement liée à ces objectifs. Enfin, la démarche unilatérale adoptée par les États-Unis pour concevoir et appliquer les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage de la

mesure modifiée concernant le thon d'une manière qui est contraire au système d'étiquetage *Dolphin Safe* prévu par l'AIDCP et le compromet – système qui a été négocié et approuvé au niveau multilatéral entre les États-Unis, le Mexique et d'autres pays membres de la Commission interaméricaine du thon des tropiques (CITT) dans le but spécifique d'établir un système d'étiquetage *Dolphin Safe* pour protéger les dauphins et autres espèces marines dans l'ETP de pratiques de pêche au thon dommageables – entraîne une discrimination arbitraire ou injustifiable. Si les États-Unis avaient d'abord essayé de traiter les problèmes qui restaient à résoudre dans le cadre de l'AIDCP et que cela leur avait été refusé, le problème juridique dans la présente procédure serait peut-être différent. Mais les États-Unis n'ont même pas essayé. Ils ont simplement agi de leur propre initiative en appliquant une mesure extraterritoriale.

IV. CONCLUSIONS

36. Compte tenu de ce qui précède, le Mexique a l'honneur de demander que le Groupe spécial constate que les mesures des États-Unis sont incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. Le Mexique demande par ailleurs que le Groupe spécial constate que les exceptions générales prévues à l'article XX du GATT de 1994 ne s'appliquent pas aux violations des articles I:1 et III:4.

ANNEXE B-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE LIMINAIRE DU MEXIQUE
À LA RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL**

1. Il y a un quart de siècle, le Mexique, les États-Unis et d'autres pays s'accordaient à reconnaître que la mortalité des dauphins observée dans les zones de pêche au thon des eaux tropicales du Pacifique Est (l'ETP) atteignait des niveaux inacceptables et intolérables. Le Mexique, les États-Unis et les Parties à la Commission interaméricaine du thon des tropiques (CITT) ont engagé une action de coopération multilatérale qui a débouché sur la création du programme international pour la conservation des dauphins (IDCP), moyennant le fait que les États-Unis modifient leur législation et leur définition du label *Dolphin Safe* en adoptant à la place d'une norme relative à la méthode de capture une norme fondée sur la question de savoir si des dauphins ont été tués ou gravement blessés. Il est incontestable qu'aucune autre zone de pêche au thon au monde n'est aussi étroitement et efficacement réglementée au regard du caractère *Dolphin Safe* que l'ETP. Or, l'apposition du label *Dolphin Safe* n'est pas autorisée pour les produits du thon mexicains, alors que l'utilisation de ce label est autorisée pour les produits du thon provenant de toutes les autres zones de pêche malgré le fait que des milliers de dauphins sont tués chaque année dans ces autres zones de pêche au thon. C'est pour l'environnement mondial une véritable tragédie, et cette tragédie sape également les objectifs d'information des consommateurs que les États-Unis prétendent atteindre. Le Mexique estime que la présente allégation formulée dans le cadre de l'OMC a contribué à braquer les projecteurs sur les pratiques de pêche destructives et l'absence de protection des dauphins dans toutes les zones de pêche du monde.

2. La question dont est saisi le présent Groupe spécial est de savoir si la mesure modifiée concernant le thon est compatible avec les obligations de non-discrimination incombant aux 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 et, dans le cas du GATT de 1994, si la mesure modifiée concernant le thon peut être sauvée par l'article XX. Dans ses communications écrites, le Mexique présente des éléments *prima facie* concernant tous les éléments de ses allégations.

I. LE MEXIQUE A PRÉSENTÉ DES ÉLÉMENTS *PRIMA FACIE* QUE LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉS

3. Les États-Unis sont convenus que les dauphins étaient susceptibles d'être tués dans d'autres régions océaniques, y compris par des méthodes autres que l'encerclement des dauphins, et que ce dommage incluait des effets non observés. Cela est compatible avec les constatations formulées par le Groupe spécial dans la procédure initiale. En outre, la mesure modifiée concernant le thon est censée faire en sorte que les consommateurs aient la certitude absolue qu'aucun dauphin n'a été tué ou n'a subi de dommage lors de la capture du thon. Toutefois, les prescriptions des États-Unis pour le thon capturé hors de l'ETP et les mécanismes de mise en œuvre de ces prescriptions ne peuvent pas fournir cette assurance.

4. Les États-Unis cherchent à faire vertu du fait qu'à l'extérieur de l'ETP, personne ne surveille attentivement les dommages causés aux mammifères marins. Ils font valoir qu'en l'absence d'études détaillées, il doit être présumé que les dauphins ne subissent pas de dommage à l'extérieur de l'ETP. Au contraire, le Mexique a présenté des éléments de preuve plus que suffisants pour démontrer que les dauphins étaient régulièrement tués en grand nombre dans les zones de pêche au thon à l'extérieur de l'ETP.

5. Les États-Unis affirment que les éléments de preuve indiquant l'existence d'un dommage non observé causé aux dauphins dans l'ETP sont établis avec certitude, alors que dans la procédure initiale le Groupe spécial a constaté qu'"il y [avait] une relative incertitude en ce qui concerne la mesure dans laquelle l'encerclement des dauphins [pouvait] avoir une incidence défavorable sur les dauphins au-delà de la mortalité observée". Dans le même temps, ils se plaignent de ce que les éléments de preuve du Mexique montrant que des milliers de dauphins ont été tués ou mutilés à l'extérieur de l'ETP par des méthodes de pêche incluant l'encerclement des dauphins, la pêche à la palangre et les dispositifs de concentration du poisson sont "*ad hoc*" ou

trop "anciens". La question déterminante qui est posée est de savoir pourquoi ils appliquent aux éléments de preuve des présomptions si radicalement différentes selon que la pêche est effectuée à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP.

6. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont fait valoir que "les navires battant pavillon de la Thaïlande, des Philippines, du Viet Nam, de l'Équateur, de l'Indonésie et des États-Unis produisaient des produits du thon représentant plus de 96% du marché du thon en conserve des États-Unis". En réponse, le Mexique a démontré que leur affirmation était erronée, en particulier parce que la Thaïlande ne détient pas une importante flottille de pêche au thon. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis allèguent maintenant que leur base de données confidentielles indique que Taiwan est le plus gros fournisseur de thon pour les produits du thon exportés vers les États-Unis et que les principaux fournisseurs comprennent aussi la Chine, le Vanuatu et la Corée du Sud, qu'ils n'ont pas mentionnés auparavant. Pour ces raisons, le Mexique réaffirme sa position selon laquelle les États-Unis n'ont aucune méthode fiable pour repérer la source du thon contenu dans les produits du thon fabriqués avec du thon qui n'a pas été capturé dans l'ETP.

7. À cet égard, le Mexique note que les États-Unis ont défendu leur utilisation de l'autocertification en disant que les déclarations des capitaines, les livres de bord "et autres documents similaires" avaient "toujours été pour les membres des outils de mise en œuvre essentiels pour vérifier la conformité avec les règles de pêche applicables". Il a présenté des éléments de preuve indiquant que les principaux fournisseurs de thon et de produits du thon à destination des États-Unis n'avaient pas de programmes de livre de bord et ne pouvaient pas repérer les sources du thon importé dans leurs pays pour y être transformé en produits du thon. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis disent maintenant qu'ils ne s'occupent pas de savoir si les pouvoirs publics étrangers surveillent les pratiques de pêche ou les sources du thon importé, parce qu'ils ne doutent pas que les navires de pêche et les entreprises de transformation du thon disposent des renseignements nécessaires et en fassent état avec exactitude. Mais ils admettent aussi qu'ils n'ont pas compétence sur les navires et les entreprises de transformation étrangers.

8. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis allèguent que la mortalité des dauphins dans le Pacifique occidental et central est inférieure à ce qu'elle est dans l'ETP. Mais le rapport sur lequel ils s'appuient présente des données concernant seulement une fraction de la pêche au thon dans cette région océanique. En outre, il y a un long délai dans la communication des données exactes provenant du programme d'observation régional à la Commission des pêches du Pacifique occidental et central (WCPFC). Le Mexique estime que les éléments de preuve donnent à penser que la mortalité est beaucoup plus élevée.

9. Il y a quelques semaines seulement, le Département du commerce a annoncé qu'il exigerait des observateurs, lorsque pour d'autres raisons ils seraient déjà à bord de thoniers des États-Unis, qu'ils soutiennent la certification *Dolphin Safe*. Cette prescription ne s'applique qu'à certaines zones de pêche au thon des eaux territoriales des États-Unis et n'augmente le niveau de couverture d'observation dans aucune de ces zones de pêche. Point significatif, le Département du commerce est convenu qu'aucun programme d'observation étranger autre que ceux qui opéraient sous les auspices de l'AIDCP n'était qualifié pour établir des certifications *Dolphin Safe*.

10. Pour justifier le fait qu'ils n'exigent pas une couverture d'observation de 100% s'agissant des produits du thon capturé hors de l'ETP, les États-Unis exagèrent grossièrement les coûts des programmes d'observation et leurs calculs posent plusieurs problèmes. Les coûts des observateurs du programme de l'AIDCP sont inférieurs à ce que les États-Unis allèguent. D'autres données comparatives, présentées dans une pièce, sont fournies par les coûts du programme d'observation du Mexique pour les navires qui pêchent à la palangre dans le Golfe du Mexique. Le fait que le Mexique parvienne à payer pour avoir des observateurs indépendants montre qu'un programme d'observation est raisonnablement disponible. L'argument des États-Unis selon lequel le gouvernement des États-Unis et la branche de production des États-Unis ne peuvent pas se le permettre n'est pas crédible.

II. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ L'ALLÉGATION PRÉSENTÉE PAR LE MEXIQUE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.1

11. Les États-Unis font valoir que l'allégation du Mexique ne relève pas du mandat du Groupe spécial parce qu'elle repose entièrement sur des aspects de la mesure dont l'ORD n'a pas constaté qu'ils enfreignaient l'article 2.1 dans la procédure initiale et qui sont inchangés par rapport à la mesure initiale.

12. Premièrement, l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 conteste la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon "dans son intégralité". Le Mexique pense comme l'Union européenne que les différents aspects de cette mesure sont inséparables les uns des autres, car ils "ne peuvent faire l'objet d'un examen utile et raisonnable que s'ils sont considérés dans leur ensemble". Deuxièmement, la mesure modifiée concernant le thon est, "en principe, une nouvelle mesure différente" dont le Groupe spécial et l'Organe d'appel n'étaient pas saisis dans la procédure initiale. Troisièmement, l'Organe d'appel a établi qu'un Membre n'était pas "en droit de supposer" dans une procédure au titre de l'article 21:5 qu'un aspect d'une mesure qui n'a pas été tranché quant au fond dans la procédure initiale est compatible avec les accords visés.

13. Le Mexique pense comme les États-Unis que l'effet préjudiciable de la mesure sur les produits du thon mexicains est causé par le fait que la plupart de ces produits contiennent du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP et ne sont donc pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*, alors que la plupart des produits du thon venant des États-Unis et d'autres pays qui sont vendus sur le marché des États-Unis contiennent du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP et sont donc admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*.

14. S'agissant de la question de savoir si cet effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, au sens de l'article 2.1, il est nécessaire d'examiner la distinction réglementaire qui rend compte de cet effet préjudiciable. Cette distinction réglementaire "pertinente" inclut les différences entre les trois conditions et prescriptions en matière d'étiquetage pour les produits du thon indiquées par le Mexique:

- 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;
- le thon et les produits du thon du Mexique sont soumis à des prescriptions strictes concernant l'enregistrement des données et la vérification, alors que le thon et les produits du thon des États-Unis et d'autres pays ne sont pas soumis à ces prescriptions et peuvent donc être étiquetés à tort *Dolphin Safe* alors qu'en fait, ils ne le sont pas; et
- dans le cas du thon mexicain, la désignation initiale du statut *Dolphin Safe* est soumise à des prescriptions obligatoires concernant les observateurs indépendants, alors que dans le cas du thon 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 fait il ne l'est pas.

15. Les produits du thon mexicains subissent un effet préjudiciable en raison des différences réglementaires dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage susmentionnées. Les prescriptions et conditions applicables à la pêche au thon à l'extérieur de l'ETP sont lacunaires. Par conséquent, contrairement à la position avancée par les États-Unis, la mesure modifiée concernant le thon ne refuse pas l'admissibilité pour les produits du thon qui contiennent du thon capturé à l'extérieur de l'ETP dans des circonstances où un dauphin a été tué ou gravement blessé.

16. Les États-Unis critiquent l'interprétation que donne le Mexique de l'impartialité parce que cette interprétation s'appuie sur le sens de l'expression "discrimination arbitraire" figurant dans le texte introductif de l'article XX. Cette critique est dénuée de fondement. Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a reconnu 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" et que le concept de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" figurait dans les deux dispositions. Bien que la portée et l'application des dispositions soient différentes, il est clairement approprié d'utiliser le sens de la "discrimination arbitraire"

développé au titre du texte introductif de l'article XX comme contexte pour interpréter le sens de l'"impartialité" à l'article 2.1 de l'Accord OTC.

17. Les États-Unis font valoir que les prescriptions concernant le repérage, la vérification et les observateurs font partie de l'AIDCP et non de la mesure modifiée concernant le thon. Mais les prescriptions concernant le repérage, la vérification et les observateurs sont incluses dans la mesure modifiée concernant le thon. Elles s'appliquent également à la mesure modifiée concernant le thon et à l'AIDCP. Le Mexique ne conteste pas l'application à la flottille mexicaine des prescriptions concernant le repérage, la vérification et les observateurs. Sa position est que l'absence de ces prescriptions essentielles s'agissant des produits du thon d'autres pays n'est pas impartiale. Les principales méthodes de pêche autres que la pêche à la canne ont des effets nuisibles notables sur les dauphins. Compte tenu de ces effets nuisibles, le Mexique a établi *prima facie* que rien ne justifiait que la mesure modifiée concernant le thon admette toutes les autres méthodes de pêche pour la capture de thon *Dolphin Safe* et, dans le même temps, exclue la méthode d'encerclement des dauphins conforme à l'AIDCP. Ce traitement différent n'est pas impartial.

18. Les États-Unis ont préconisé différentes approches pour évaluer l'impartialité de la distinction qu'ils établissent entre l'encerclement des dauphins et les autres méthodes de pêche. L'une d'elles est un point de repère correspondant à une tolérance zéro, suivant lequel une méthode devrait être exclue s'il y a lieu de croire qu'elle cause des effets non observables. Du fait que les États-Unis conviennent que d'autres méthodes de pêche causent un "dommage non observé" aux dauphins, si ce point de repère est appliqué, il n'est pas impartial de la part des États-Unis de ne pas exclure pareillement ces méthodes.

19. Les États-Unis ont aussi donné à entendre que, plutôt qu'une tolérance zéro, l'approche suivie pourrait être d'appliquer un critère consistant à savoir si une méthode de pêche cause un certain niveau de mortalité observée comparable à celui de l'ETP. S'agissant d'utiliser le niveau effectif de mortalité dans l'ETP comme point de repère, cette mortalité a été réduite depuis longtemps à un niveau non significatif statistiquement pour ce qui est des populations de dauphins dans l'ETP. En outre, il est fondamentalement arbitraire d'utiliser la mortalité des dauphins liée à la méthode de pêche du Mexique comme fondement pour justifier l'exclusion totale de cette méthode. Suivant ce critère, la méthode de pêche du Mexique ne peut jamais être admise. Dans le même temps, il y a un motif raisonnable de conclure que des milliers de dauphins sont tués dans d'autres zones de pêche, mais que les méthodes de pêche utilisées dans ces zones n'ont pas été exclues.

20. Les États-Unis font valoir qu'"encercler les dauphins est *intrinsèquement* dangereux pour les dauphins". Mais pratiquement toutes les grandes méthodes de pêche sont dangereuses pour les dauphins. Ces effets nuisibles sont le reflet des caractéristiques des méthodes de pêche et, par conséquent, sont également *inhérents* à ces méthodes de pêche.

21. Enfin, les États-Unis font valoir qu'"il n'y a qu'une seule méthode de pêche qui cible les dauphins" et que l'encerclement des dauphins comporte le "harcèlement intentionnel de ces dauphins". Il n'y a aucun lien rationnel entre cette déclaration et l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon. Ce qui importe est qu'une méthode de pêche soit connue pour causer des effets nuisibles sur les dauphins, même si ces effets sont "accessoires". Toutes les grandes méthodes de pêche autres que la pêche à la canne ont des effets nuisibles sur les dauphins. Mais c'est seulement dans l'ETP que des mesures positives ont été prises pour réduire efficacement les risques pour les dauphins.

22. Dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, l'expression "dauphins ... tués ou gravement blessés" est clairement conçue et appliquée d'une manière 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 être étiqueté *Dolphin Safe* s'il est observé qu'un seul dauphin a été tué ou gravement blessé lors de l'opération ou du déploiement. Cela a des implications importantes pour l'analyse de l'impartialité effectuée par le Groupe spécial à la lumière des conditions et prescriptions en matière d'étiquetage relatives au repérage, à la vérification et aux observateurs.

23. L'existence garantie de thon *Dolphin Safe* et de thon non-*Dolphin Safe*, indépendamment de la zone dans laquelle le thon est capturé ou de la méthode de pêche utilisée pour le capturer, fait des prescriptions concernant le repérage et la vérification une nécessité dans toutes les zones de

pêche au thon; sinon, il n'y a aucun moyen de faire en sorte que les produits du thon soient étiquetés avec exactitude. Au titre de la mesure modifiée concernant le thon, les prescriptions ne sont pas appliquées comme une nécessité et, pour cette raison, la distinction réglementaire pertinente n'est pas impartiale.

24. La garantie du label selon laquelle aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé intègre un critère de "tolérance zéro". Pour que la certification *Dolphin Safe* soit quelque chose de plus qu'une désignation arbitraire, les renseignements sur lesquels elle est fondée doivent être exacts et vérifiables. Le système d'autocertification des capitaines prévu par la mesure modifiée concernant le thon est intrinsèquement vicié, en ce sens qu'il crée un risque très réel, sinon une certitude, que des certifications *Dolphin Safe* inexactes seront établies à l'extérieur de l'ETP. Pour remédier à cette lacune de la mesure modifiée concernant le thon, les conditions et prescriptions concernant les observateurs doivent être modifiées de façon à ce que l'exactitude du statut *Dolphin Safe* du thon puisse être garantie depuis le point de capture initiale jusqu'à l'étalage du détaillant.

III. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ L'ALLÉGATION DU MEXIQUE AU TITRE DES ARTICLES I:1 et III:4 DU GATT DE 1994

25. Le Mexique a démontré que, s'agissant de ses allégations au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, 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 mexicains sur le marché des États-Unis par rapport aux produits du thon similaires originaires des États-Unis et d'autres pays parce qu'elles refusaient effectivement aux produits du thon d'origine mexicaine l'avantage de l'accès au label *Dolphin Safe*. La mesure modifiée concernant le thon, dans son ensemble, est incompatible avec ces dispositions.

26. Les États-Unis font valoir que "l'approche du Mexique sonnerait le glas de nombre de mesures légitimes et véritablement non discriminatoires". Cet argument ignore délibérément le contexte, la conception et la structure du GATT de 1994 en amalgamant l'article III:4 avec l'article XX. Le droit d'un Membre d'établir des distinctions réglementaires légitimes est protégé par l'article XX. Il n'y a rien qui justifie d'imposer une analyse de la "distinction réglementaire légitime" dans l'évaluation d'une discrimination au titre de l'article I:1 ou de l'article III:4.

IV. LES VIOLATIONS DES ARTICLES I:1 ET III:4 DU GATT PAR LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON NE SONT PAS PROVISOIREMENT JUSTIFIÉES AU REGARD DE L'ARTICLE XX

27. C'est aux États-Unis qu'incombe la charge de démontrer que les conditions et prescriptions d'étiquetage prévues dans la mesure modifiée concernant le thon satisfont aux prescriptions des alinéas b) et g) de l'article XX du GATT de 1994. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de cette charge.

28. Si le Groupe spécial constate que la mesure est provisoirement justifiée au regard de l'un de ces alinéas, le texte introductif de l'article XX interdit les mesures qui sont "appliquées de façon à constituer ... un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent". La mesure modifiée concernant le thon ne respecte pas cette prescription.

29. Les États-Unis allèguent que la "condition" pertinente aux fins du texte introductif de l'article XX est constituée par 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, d'autre part". Cet argument ne tient pas compte du fait que la mesure modifiée concernant le thon s'intéresse aux effets nuisibles sur les dauphins; elle ne s'intéresse pas aux effets nuisibles "relatifs" ou "comparatifs" des différentes méthodes de pêche. Compte tenu du "contexte pertinent" des alinéas b) et g) de l'article XX, il existe en fait deux conditions pertinentes que la mesure modifiée concernant le thon cherche à traiter. Le Mexique a démontré que toutes les méthodes de pêche au thon entraînaient un dommage pour les dauphins, à l'exception de la pêche à la canne. À ce titre, la première condition pertinente qui existe pour ce qui est des effets nuisibles causés par la pêche au thon commerciale sur les dauphins est "la même" pour tous les pays qui pratiquent cette pêche et, par extension, pour tous les pays qui utilisent du thon capturé lors de pêches au thon commerciales pour produire des produits du thon. Deuxièmement et en tant que corollaire, tous les pays produisant des produits du thon produisent

au moins certains produits du thon qui contiennent du thon capturé d'une manière ayant causé des effets nuisibles sur les dauphins.

30. Le Mexique a démontré que c'étaient des trois conditions et prescriptions en matière d'étiquetage qui s'appliquaient à sa méthode de pêche et différaient de celles applicables aux autres méthodes de pêche que découlait l'effet préjudiciable contrevenant aux articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. En conséquence, chacune des trois conditions et prescriptions en matière d'étiquetage est directement pertinente pour l'analyse au titre de l'article XX dans son ensemble, y compris le texte introductif.

31. Alors que le Mexique reconnaît que l'existence d'une violation d'une disposition de fond du GATT ne peut pas être utilisée comme étant suffisante pour prouver l'existence d'une violation du texte introductif de l'article XX, le fait est que les mêmes circonstances donnant lieu à une violation d'une disposition de fond du GATT peuvent aussi entraîner une discrimination arbitraire et injustifiable au sens du texte introductif.

32. Le Mexique a aussi établi que la mesure modifiée concernant le thon entraînait une discrimination arbitraire et injustifiable au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Dans les circonstances de l'espèce, une "discrimination arbitraire et injustifiable" au sens de l'article 2.1 équivaut à une "discrimination arbitraire et injustifiable" au regard du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

33. Enfin, les États-Unis maintiennent que "la position du Mexique ne tient simplement pas compte des réalités passées et présentes de la pêche au thon dans l'ETP". De manière ironique, ce sont les États-Unis qui ont choisi de ne pas tenir compte de la réalité selon laquelle, dans toutes les zones de pêche au thon, les activités commerciales de pêche au thon ont des effets nuisibles sur les dauphins et selon laquelle tous les pays produisant des produits du thon produisent au moins certains produits du thon qui contiennent du thon capturé d'une manière ayant causé des effets nuisibles sur les dauphins. En appliquant des conditions et prescriptions en matière d'étiquetage différentes aux produits du thon provenant de pays dans lesquels les mêmes conditions existent, la mesure modifiée concernant le thon établit une discrimination à l'égard des produits du thon mexicains d'une manière arbitraire et injustifiable. Par conséquent, les exceptions générales de l'article XX ne s'appliquent pas.

V. CONCLUSION

34. Il ressort clairement des faits de l'espèce et des éléments de preuve présentés par le Mexique que les États-Unis ne se sont pas conformés à leurs obligations au titre des accords visés pertinents en adoptant la mesure modifiée concernant le thon.

ANNEXE B-4**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS****I. ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC****A. Ce que prescrit l'article 2.1**

1. La question dont le Groupe spécial est saisi est celle de savoir si la mesure modifiée accorde aux produits importés un traitement moins favorable que "celui qui est accordé aux produits nationaux similaires et aux produits similaires en provenance d'autres pays". Pour établir cela, le Mexique doit prouver: 1) que la mesure modifiée "modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux similaires ou des produits similaires originaires de tout autre pays"; et 2) que "l'effet préjudiciable sur les importations [ne] découle [e] [pas] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'elle ne reflète] l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits importés".

2. Pour ce qui est du deuxième élément, il est bien établi que le plaignant doit prouver que les distinctions réglementaires pertinentes ne sont pas "impartiales". Dans le présent différend, l'Organe d'appel a déterminé que les distinctions réglementaires établies par la mesure initiale n'étaient pas exclusivement "impartiales" puisque les produits du thon pouvaient utiliser le label *Dolphin Safe* lorsqu'ils contenaient du thon capturé à l'extérieur de l'ETP et qu'un dauphin avait été tué ou gravement blessé, mais que tel n'était pas le cas pour les produits du thon contenant du thon capturé à l'intérieur de l'ETP. Cette analyse est compatible avec l'analyse faite par l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* et *États-Unis – EPO*, ainsi que dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*. Le Mexique fait erreur lorsqu'il demande instamment au présent Groupe spécial de remplacer l'analyse faite par l'Organe d'appel dans le présent différend par celle à laquelle a procédé le Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*.

B. Le Règlement final de 2013 prend directement en compte les problèmes identifiés par l'Organe d'appel

3. L'Organe d'appel a estimé que l'effet préjudiciable ne découlait pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes puisque la mesure initiale ne permettait pas que les produits du thon utilisent le label *Dolphin Safe* s'ils contenaient du thon capturé à l'intérieur de l'ETP lorsqu'un dauphin avait été tué ou gravement blessé, mais qu'elle leur permettait d'utiliser ce label s'ils contenaient du thon capturé à l'extérieur de l'ETP lorsqu'un dauphin avait été tué ou gravement blessé. Dans ce contexte, l'Organe d'appel a explicitement reconnu que les États-Unis n'avaient pas à exiger la présence d'observateurs pour tous les navires opérant à l'extérieur de l'ETP pour que ce thon soit admissible au bénéfice du label.

4. Le Règlement final de 2013 prend directement en compte le problème identifié par l'Organe d'appel. Le règlement initial exigeait déjà une déclaration du capitaine pour les navires équipés de sennes coulissantes opérant à l'extérieur de l'ETP "certifiant qu'aucune senne coulissante n'[avait] été délibérément déployée ou utilisée pour encercler des dauphins lors de l'expédition au cours de laquelle le thon [avait] été pêché". Le Règlement final de 2013 modifie le règlement initial et prescrit désormais "une déclaration du capitaine certifiant qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors des opérations ou autres déploiements d'engins au cours desquels le thon a été capturé quel que soit le type d'engin de pêche utilisé et dans tous les lieux de pêche". Quant aux conditions d'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe*, les prescriptions de fond pertinentes de la mesure contestée (telle qu'elle a été modifiée) disposent actuellement ce qui suit: *tous les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins sont inadmissibles au bénéfice du label, quels que soient la pêche, la nationalité du navire et la nationalité de l'entreprise de transformation; et tous les produits du thon contenant du thon capturé lorsqu'un dauphin a été tué ou gravement blessé sont inadmissibles au bénéfice du label, quels que soient la pêche, le type d'engin de pêche, le pavillon du navire et la nationalité de l'entreprise de transformation. Les prescriptions de fond de la mesure modifiée sont impartiales.*

5. Il apparaît que le Mexique ne conteste même pas le fait que la mesure modifiée prend pleinement en compte l'analyse de l'Organe d'appel au sujet de l'unique distinction réglementaire qu'il a jugée pertinente pour son examen. En fait, il apparaît que le Mexique ne considère même pas que le point de savoir si un dauphin est tué ou blessé à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP constitue en fait *une distinction réglementaire pertinente* pour cette analyse.

6. L'article 17:14 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends dispose que les rapports de l'Organe d'appel adoptés doivent "être accepté[s] sans condition par les parties au différend et, par conséquent, doivent être traités par les parties à un différend particulier *comme étant le règlement définitif de ce différend*". Et il ne fait aucun doute que l'Organe d'appel a considéré dans la présente affaire que sa propre analyse de l'article 2.1 *résolvait* le différend pour ce qui est de l'allégation au titre de l'article 2.1. Les États-Unis ont accepté l'analyse de l'Organe d'appel dans le présent différend, l'ont soigneusement étudiée et ont conçu leur mesure de mise en conformité de façon qu'elle tienne directement compte de cette analyse. Le Mexique adopte toutefois un point de vue différent. Non seulement il n'"accept[e] [pas] sans condition" l'analyse de l'Organe d'appel, mais aussi il "ignore" complètement cette analyse. Le Mexique ne peut prouver pas son allégation au titre de l'article 2.1 sans établir *prima facie* que les États-Unis n'ont pas rendu "impartiale" l'unique distinction réglementaire dont l'Organe d'appel a estimé qu'elle n'était pas impartiale dans la procédure initiale. Le Mexique ne l'a pas fait – en fait, il *esquive* complètement la question.

C. La tentative du Mexique de "faire appel" du rapport de l'Organe d'appel est sans fondement

7. Le Mexique rejette la pertinence de la seule distinction réglementaire considérée par l'Organe d'appel comme étant la distinction pertinente et fait valoir, en effet, que l'Organe d'appel a fait erreur en ne prenant pas en considération, dans la mesure initiale, trois distinctions réglementaires entièrement différentes, qui sont toutes *inchangées* dans la mesure modifiée. Le Mexique cherche donc à utiliser indûment la procédure du présent Groupe spécial de la mise en conformité comme un moyen de "faire appel" du rapport de l'Organe d'appel. Cette 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.

1. L'allégation du Mexique ne rentre pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial

8. L'*intégralité* de l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 repose sur la théorie selon laquelle un au moins des éléments suivants n'est pas impartial: 1) la distinction entre l'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins d'une manière compatible avec l'AIDCP ou du thon capturé par d'autres méthodes de pêche; 2) la distinction entre les prescriptions différentes concernant l'enregistrement des données et la vérification pour le thon capturé à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP; et 3) la distinction entre les prescriptions différentes concernant les observateurs pour les thoniers opérant à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP. Selon le Mexique, si l'un quelconque de ces trois éléments n'est pas impartial, l'effet préjudiciable dont l'existence a déjà été constatée dans la procédure initiale dénoterait une discrimination, et le Mexique ferait admettre son allégation au titre de l'article 2.1.

9. Pourtant, ces trois éléments sont *inchangés* par rapport à la mesure initiale et l'Organe d'appel *n'a pas considéré* que l'un quelconque de ces éléments 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 lorsqu'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 porter ce label lorsqu'un dauphin avait été tué ou gravement blessé. Et c'est cette distinction que le Règlement final de 2013 prend en compte.

10. En demandant instamment au Groupe spécial de constater que les États-Unis contreviennent à l'article 2.1 pour des motifs entièrement différents de ceux qui ont été pris en compte par l'Organe d'appel, le Mexique cherche à obtenir un élargissement sans précédent du mandat d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5. Dans son analyse au titre de l'article 2.1, l'Organe d'appel a examiné les constatations du Groupe spécial initial et les données de fait non contestées versées

au dossier et a déterminé qu'une distinction réglementaire particulière n'était pas impartiale. L'analyse et les constatations de l'Organe d'appel ont résolu le présent différend en ce qui concerne l'allégation au titre de l'article 2.1. En demandant instamment au Groupe spécial de constater que la mesure modifiée est incompatible avec l'article 2.1 pour des raisons entièrement différentes de celles qui ont été prises en compte par l'Organe d'appel, le Mexique "[met] en cause les principes d'équité fondamentale et de régularité de la procédure" puisque les États-Unis étaient "en droit de supposer" que ces éléments *inchangés* étaient compatibles avec les accords visés.

11. Selon l'approche du Mexique, les rapports de l'Organe d'appel *n'ont pas* à être "acceptés sans condition" par les parties comme le prévoit l'article 17:14 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, et le rapport de l'Organe d'appel *ne peut pas* être considéré comme "une résolution définitive" du différend. Au lieu de cela, une partie plaignante est autorisée à formuler et reformuler des allégations et des arguments maintes et maintes fois – sans limite aucune. Une telle approche est incompatible avec le "règlement rapide des différends", qui est "indispensable au bon fonctionnement de l'OMC".

2. L'Organe d'appel a déjà rejeté l'intégralité de l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1

12. Même en dehors du fait que l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 ne rentre pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial, son allégation devrait être rejetée au motif que l'Organe d'appel a déjà examiné – et rejeté – l'intégralité de l'allégation. Dans le présent différend, l'Organe d'appel a constaté qu'une seule distinction réglementaire était pertinente pour l'analyse et a donc *rejeté* toutes les autres théories juridiques relatives à cette allégation. Si cela n'était pas vrai, le rapport de l'Organe d'appel ne pourrait pas être considéré comme une "résolution définitive" de l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1, ce qu'il est à l'évidence.

13. Le fait que l'Organe d'appel a déjà rejeté l'allégation du Mexique n'est jamais plus évident qu'en ce qui concerne le premier élément mis en avant par ce pays – la distinction entre l'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins d'une manière compatible avec l'AIDCP ou par d'autres méthodes de pêche. Si l'Organe d'appel a reconnu, comme le Mexique, que la théorie du Mexique prouvait l'existence d'un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains, il a *rejeté* l'affirmation du Mexique selon laquelle l'effet préjudiciable prouvait à lui seul l'existence d'une infraction à l'article 2.1.

14. Il est également clair que l'Organe d'appel a rejeté l'allégation du Mexique en ce qui concerne les deux autres éléments: les prescriptions différentes concernant l'enregistrement des données et la vérification pour le thon capturé à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP et les prescriptions différentes concernant les observateurs pour les thoniers opérant à l'intérieur ou à l'extérieur de l'ETP. Les faits dont le Mexique se plaint ici n'ont *pas été contestés* dans la procédure initiale et entraient clairement dans le cadre de l'examen du dossier par l'Organe d'appel. L'Organe d'appel n'a pas considéré que l'un ou l'autre de ces éléments prouvait que la mesure initiale était discriminatoire. Ce résultat n'est pas surprenant, bien sûr, puisque ces deux éléments ne sont pas pertinents pour l'analyse au titre de l'article 2.1 et, de toute façon, sont totalement impartiaux.

3. Le Mexique ne prouve pas que l'un de ces trois éléments est pertinent pour l'analyse au titre de l'article 2.1

15. L'Organe d'appel a précisé que chaque distinction n'était pas pertinente pour une analyse au titre de l'article 2.1 – "il nous faut *uniquement* examiner la distinction qui explique l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains par rapport aux produits du thon des États-Unis et aux produits du thon originaires d'autres pays". Pourtant, *aucun* des trois éléments mis en avant par le Mexique "n'explique" l'effet préjudiciable. En fait, le premier élément est l'effet préjudiciable. De plus, cet effet préjudiciable ne découle d'aucun des deux autres éléments mis en avant par le Mexique. Autrement dit, si les parties à l'AIDCP décidaient de supprimer les prescriptions concernant l'enregistrement des données et les observateurs, cela n'aurait pas la moindre incidence sur l'effet préjudiciable.

4. Le Mexique ne prouve pas que l'effet préjudiciable ne découle pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes

a. Le Mexique ne prouve pas que les conditions d'admissibilité ne sont pas impartiales

16. La première raison avancée par le Mexique pour affirmer que l'effet préjudiciable de la mesure modifiée dénote une discrimination est que les conditions d'admissibilité ne sont pas impartiales. Le Mexique ne prouve pas ce qu'il affirme. Bien au contraire, les conditions d'admissibilité pertinentes sont tout à fait impartiales. La mesure modifiée ne contient aucune exception ou exclusion, comme c'était le cas dans les affaires *CE – Produits dérivés du phoque et États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*. Les 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, en Thaïlande, aux Philippines ou ailleurs.

17. L'argument du Mexique – selon lequel la mesure désavantage les produits du thon mexicains (et n'est donc pas "impartiale") parce que les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins ne sont pas admissibles au bénéfice du label, alors que les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes sont susceptibles d'être admissibles – est identique sur le fond à ce qu'il a fait valoir devant le Groupe spécial initial. Pourtant le Mexique ne tient pas compte du fait que le Groupe spécial initial a déjà pleinement examiné son argument et l'a jugé insuffisant.

18. Il ne fait aucun doute que ces constatations sont correctes. Par conséquent, on conçoit difficilement en quoi la distinction faite dans la mesure modifiée entre l'encerclement des dauphins et d'autres méthodes de pêche puisse être autre chose qu'"impartiale". En fait, il apparaît que l'Organe d'appel analyse la question de savoir si une distinction réglementaire est impartiale à peu près de la même façon que le Groupe spécial initial avait analysé l'argument du Mexique sur la discrimination dans la procédure initiale. Il n'est donc pas surprenant que l'Organe d'appel ait rejeté l'argument du Mexique selon lequel le refus de l'admissibilité au bénéfice du label en cas d'encerclement des dauphins désavantageait les producteurs mexicains de produits du thon, comme nous l'avons vu plus haut. En réalité, le Mexique construit toute son argumentation comme si ni le Groupe spécial initial ni l'Organe d'appel n'avaient jamais examiné ces questions. Il est simplement inapproprié que le Mexique présente son allégation au titre de l'article 2.1 hors de tout contexte et demande instamment au Groupe spécial de ne pas tenir compte de l'ensemble des constatations et de l'analyse faites par le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel.

19. Au lieu de prendre en compte l'analyse du Groupe spécial initial, le Mexique s'appuie sur l'affirmation selon laquelle les méthodes de pêche admissibles "ont des effets préjudiciables 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". Le Mexique ne prouve en aucune façon son affirmation. En fait, les données scientifiques étayent les distinctions faites par la mesure modifiée et contredisent directement l'approche du Mexique. Et, bien sûr, ce sont ces données scientifiques qui sous-tendent la conclusion de l'Organe d'appel selon laquelle l'"encerclement des dauphins [est] *particulièrement* dommageable pour ces derniers", constatation dont le Mexique est obligé de ne pas tenir compte, comme il le fait pour tant d'autres constatations. En fait, le Mexique ne tient pas compte de la mesure modifiée elle-même – les produits du thon contenant du thon capturé par n'importe quelle méthode ne sont *pas admissibles* au bénéfice du label lorsqu'un dauphin a été tué ou gravement blessé.

b. Le Mexique ne prouve pas que les prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification ne sont pas impartiales

20. La deuxième raison, d'après le Mexique, pour laquelle l'effet préjudiciable de la mesure modifiée dénote une discrimination est que l'AIDCP impose certaines prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification pour le thon capturé par des grands navires équipés de sennes coulissantes à l'intérieur de l'ETP et que la mesure des États-Unis ne prévoit pas ces mêmes prescriptions imposées par l'AIDCP pour tous les autres navires qui capturent le thon contenu dans les produits du thon vendus avec le label *Dolphin Safe*.

21. Les données de fait pertinentes montrent que les 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. En effet, lorsque le règlement fait des distinctions fondées sur la nationalité, ce sont les conserveries et autres entreprises de transformation des États-Unis qui supportent la charge réglementaire la plus lourde, et non leurs concurrents étrangers. 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.

22. Et c'est là que le Mexique met en avant son argument – l'AIDCP impose des prescriptions qui ne sont pas exigées des producteurs opérant dans d'autres pêcheries (ou s'approvisionnant dans d'autres pêcheries). Le problème posé par cet argument est évident – le Mexique se plaint d'une "distinction" créée par l'AIDCP, et non par la mesure des États-Unis. En 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*.

23. Mais telle est l'impossibilité de l'argument du Mexique. Le simple fait que la mesure des États-Unis reconnaît les prescriptions de l'AIDCP ne peut être considéré comme posant un problème juridique. En fait, il serait difficile d'imaginer que le Mexique réussisse à faire valoir que les engagements juridiques internationaux contraignants que *le Mexique* a contractés désavantagent tellement ses propres producteurs de thon par rapport à leurs concurrents que *les États-Unis* doivent être considérés comme ayant agi d'une manière incompatible avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC.

24. En outre, le Mexique ne met en avant *aucun* élément de preuve pour étayer l'affirmation selon laquelle le gouvernement 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. Et c'est là que l'argument du Mexique est sans fondement. Un plaignant ne peut tout simplement pas établir des éléments *prima facie* sur la base d'une simple allégation – sans *aucun* élément de preuve –, ce que l'Organe d'appel a constaté à de multiples reprises. Naturellement, les États-Unis n'ont connaissance d'aucune fraude à l'échelle de l'ensemble de la branche de production comme celle dont le Mexique suggère l'existence.

25. Le 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. 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 le 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"*", ce que l'Organe d'appel a affirmé à maintes reprises.

26. Reconnaisant manifestement que les États-Unis ne peuvent le libérer de ses propres engagements juridiques internationaux, le Mexique fait valoir que les États-Unis ne peuvent rendre cet élément "impartial" qu'en accroissant la charge réglementaire à l'extérieur de l'ETP pour l'amener au niveau qui existe déjà à l'intérieur de l'ETP. Il apparaît donc que le Mexique fait valoir que les prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification qu'il a acceptées constituent le "niveau minimum" que les États-Unis *doivent* s'imposer à eux-mêmes et à tous les autres partenaires commerciaux. Il ne cite aucun élément juridique pour étayer cette affirmation et il fait assurément erreur. Comme nous l'avons noté plus haut, un Membre peut prendre des mesures "aux niveaux qu'il considère appropriés", ce que confirme l'article 2.4 de l'Accord OTC. Toutefois, 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). Le Mexique ne peut *en aucun cas* fixer le niveau approprié pour les États-Unis. Les États-Unis fixent leur propre "niveau minimum".

c. Le Mexique ne prouve pas que la prescription imposant une certification par un observateur n'est pas impartiale

27. Le traitement des observateurs par la mesure des États-Unis est totalement impartial. La prescription imposant aux grands navires équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP d'avoir à leur bord des observateurs (alors que les autres navires n'y sont pas tenus) *découle de l'AIDCP*, non de la législation des États-Unis. En fait, si les États-Unis éliminaient, dans la mesure modifiée, toutes les références à la prescription concernant les observateurs établie par l'AIDCP, la "distinction" que le Mexique critique *existerait toujours*. Le Mexique allègue que le fait d'exiger des observateurs pour certains navires et pas pour d'autres est "arbitraire", mais, en fait, cette prescription est tout sauf arbitraire. La mesure modifiée prescrit une certification par un observateur lorsqu'un accord international particulier prescrit la présence d'observateurs et ne prescrit pas cette certification lorsque l'autorité compétente dont relève la pêche n'exige pas que des observateurs certifient l'admissibilité du thon au bénéfice du label *Dolphin Safe*.

28. L'Organe d'appel connaissait fort bien le fait incontesté que les grands navires équipés de sennes coulissantes opérant dans l'ETP étaient tenus d'avoir des observateurs à bord, alors que d'autres navires ne l'étaient pas, et n'a pas constaté que cette différence prouvait que la mesure contestée était discriminatoire. À présent, le Mexique demande instamment au Groupe spécial, à tort, de *ne pas tenir compte* de la conclusion de l'Organe d'appel parce que "les faits relatifs aux effets préjudiciables sur les dauphins exposés à la section III de la présente communication ou les faits relatifs au manque de fiabilité des certifications des capitaines n'ont été portés à la connaissance ni du Groupe spécial ni de l'Organe d'appel ...". Mais le Mexique n'est pas libre, dans une procédure au titre de l'article 21:5, de "faire appel" des constatations de l'ORD. Le Mexique connaissait les données de fait versées au dossier et comprenait également que tout rapport ultérieurement adopté par l'Organe d'appel constituerait une "résolution définitive" dans le présent différend. La décision prise par le Mexique de limiter son allégation concernant la discrimination (et les éléments de preuve présentés à l'appui de cette allégation) était sa *propre décision* et il ne pouvait maintenant se plaindre de ne pas être satisfait des conséquences de sa propre décision. Le Mexique ne devrait pas bénéficier d'une "deuxième chance" injustifiée de présenter à nouveau son allégation concernant des éléments *inchangés* de la mesure contestée.

29. Il apparaît que le Mexique fonde son argumentation sur deux affirmations: 1) les produits du thon contenant du thon capturé par des navires autres que les grands navires équipés de sennes coulissantes visés par l'AIDCP sont étiquetés de manière inexacte et frauduleuse; et 2) la déclaration du capitaine est "foncièrement peu fiable" et "sans valeur". Le Mexique ne prouve aucune de ces affirmations.

30. Premièrement, 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. La NOAA procède à d'importantes vérifications dans les conserveries des États-Unis, qui transforment du thon des États-Unis et du thon étranger, au moyen d'inspections, d'audits, et de contrôles par sondage.

31. Deuxièmement, le Mexique a tort de faire valoir que la déclaration du capitaine est "foncièrement peu fiable" et par ailleurs "sans valeur". De manière générale, les États-Unis ont recours à l'"autocertification", selon les termes du Mexique, dans de multiples contextes différents. Les suggestions du Mexique – le fait qu'une approche de ce type est foncièrement peu fiable – entraîneraient, si elles étaient exactes, une *profonde désorganisation des échanges*. Les Membres ne disposent tout simplement pas des ressources nécessaires pour exiger une vérification indépendante de toutes les activités des producteurs nationaux et étrangers. Tel est certainement le cas du commerce du poisson, où les navires opèrent en haute mer ou dans les eaux territoriales d'autres Membres et où un Membre importateur ne peut vérifier de manière indépendante chaque action survenant (ou ne survenant pas) à bord de chaque navire pouvant produire du poisson pour le marché intérieur. Par conséquent, les déclarations des capitaines et les livres de bord ou moyens assimilés ont toujours été pour les Membres des outils essentiels pour vérifier le respect des règles de pêche applicables. Le fait est que la déclaration du capitaine est un moyen efficace de déterminer si le thon est admissible au bénéfice du label. La mesure des États-Unis se fonde depuis longtemps sur la déclaration du capitaine pour certifier que le navire n'a pas encerclé de dauphins et le Groupe spécial initial a constaté que cette certification rendait en fait compte de la mortalité observée ou non observée résultant de l'encerclement des dauphins. Non seulement

cette constatation a été formulée par l'Organe d'appel, mais aussi *elle a constitué le fondement* de sa constatation concernant l'allégation au titre de l'article 2.1.

32. Pourtant, le Mexique est en désaccord avec cette constatation, faisant valoir, en substance, que le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel l'ont établie à tort et demandant instamment au Groupe spécial de rectifier cette erreur (alléguée). Mais *aucune* des pièces du Mexique ne permet de conclure ce qu'il affirme – à savoir que la déclaration du capitaine est "sans valeur" – et ce qui figure dans ces documents contredit pour une large part directement la propre argumentation du Mexique.

33. Le Mexique soutient que la *seule* façon, pour les États-Unis, de rendre cette distinction réglementaire alléguée impartiale est d'exiger unilatéralement la présence d'observateurs sur la totalité des navires dans le monde entier. Là encore, le Mexique considère que l'engagement qu'il a contracté, quel qu'il soit, envers les autres parties à l'AIDCP doit être le "niveau minimum" que tous les autres Membres doivent respecter pour pouvoir continuer à avoir accès au label *Dolphin Safe*. L'accès au label doit être refusé au thon ou aux produits du thon produits par un Membre dont les producteurs ne sont pas en mesure de satisfaire à une prescription aussi onéreuse (du fait, par exemple, qu'il n'y a pas d'organisation internationale administrant un programme d'observation comme c'est le cas dans l'ETP), *même si* la capture du thon par les navires de ce Membre n'a pas eu d'effets dommageables sur les dauphins.

34. Un Membre importateur dont il a été constaté qu'il avait établi une discrimination à l'encontre des produits d'un Membre exportateur a toujours le choix quant à la manière de se mettre en conformité. Mais le Mexique allègue ici que les États-Unis n'ont pas le choix – ils peuvent *uniquement* renforcer les prescriptions applicables au produit similaire des autres Membres concernés. Et la raison pour laquelle le Mexique adopte cette position est que la différence dans les prescriptions *ne découle pas de la mesure des États-Unis*, mais des engagements différents pris par les Membres dans le cadre de diverses organisations régionales de gestion de la pêche (RFMO) pour la pêche en haute mer et en vertu de leur propre droit interne pour la pêche dans les eaux territoriales. Le grief du Mexique ne porte pas sur la législation contestée, mais sur la diversité des règles de pêche qui existe à travers le monde.

II. ARTICLE I:1 DU GATT DE 1994

35. Le Mexique n'établit pas que la mesure relative au label *Dolphin Safe* est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994. Les États-Unis ne contestent pas qu'il soit satisfait aux trois premiers éléments de l'article I:1 dans la présente affaire. Toutefois, nous n'estimons pas, à la différence du Mexique, que l'"avantage" n'a pas été étendu "immédiatement" et "sans condition" aux produits similaires originaires du Mexique.

36. Les États-Unis considèrent que l'"avantage" aux fins de l'article I:1 est l'accès au label *Dolphin Safe*. Aucun produit du thon n'a de *droit* à ce label. En fait, l'avantage est soumis à des conditions d'admissibilité que tous les produits du thon doivent remplir pour pouvoir utiliser le label conformément à la législation des États-Unis. Ces conditions sont les suivantes: 1) aucune senne coulissante n'a été délibérément déployée ou utilisée pour encercler des dauphins lors de l'expédition de pêche; et 2) 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.

37. Selon l'Organe d'appel, le "but fondamental" de l'article I:1 est de "préserver l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés similaires en provenance de tous les Membres". Toutefois, l'Organe d'appel a également fait observer que l'article I:1 n'interdisait pas à un Membre d'attacher des conditions à l'octroi d'un avantage et "permet[tait] d'établir des distinctions réglementaires entre les produits importés similaires, à condition que ces distinctions n'aient pas une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires en provenance de tout Membre".

38. Le Mexique doit par conséquent prouver que la possibilité prévue par la législation des États-Unis d'utiliser le label *Dolphin Safe* pour les produits du thon si certaines conditions sont remplies n'est pas immédiatement et sans condition étendue aux produits mexicains. Mais cela, le Mexique ne le prouve pas. En fait, la mesure modifiée offre la *même* possibilité à tous les produits du thon d'utiliser le label *Dolphin Safe*. Le fait que certains Membres choisissent, contrairement à d'autres, de tirer parti de cette possibilité ne constitue pas une discrimination, comme le Groupe

spécial initial l'a à juste titre constaté. Rien n'empêche les navires mexicains de pêcher d'une manière qui permettrait aux produits du thon d'être admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* et rien n'empêche les navires d'autres pays de pêcher d'une manière qui les empêcherait d'avoir accès à ce label.

39. Le Mexique n'a fourni aucune raison montrant que les constatations du Groupe spécial initial ou du Groupe spécial établi en vertu du GATT de 1947 ne déterminaient pas le résultat dans la présente affaire. Et, en fait, le Mexique ne pouvait pas le faire. Le fait est que le Groupe spécial initial a eu entièrement raison de déterminer que toute différence entre les Membres dans l'accès au label était due aux choix différents qu'ils avaient faits, plutôt qu'aux prescriptions de la mesure contestée. La condition d'admissibilité relative à l'encerclement des dauphins n'"établi[it] [pas de] discrimination quant à l'origine des produits".

40. Les faits sont ici différents de ceux de l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* dans laquelle l'Organe d'appel a récemment constaté une violation de l'article I:1. Dans cette affaire, l'avantage en matière d'accès au marché était subordonné à des conditions d'admissibilité liées à des caractéristiques immuables (comme l'identité raciale/culturelle des chasseurs de phoque) telles que, si la quasi-totalité des produits du Groenland étaient susceptibles de remplir les conditions requises par la mesure en cause, la grande majorité des produits du Canada et de la Norvège ne l'étaient pas. Mais, dans la présente affaire, les pêcheurs ont le choix de la manière de pêcher. L'encerclement des dauphins n'est en aucun cas *imposé* à l'intérieur (ou à l'extérieur) de l'ETP pour capturer le thon. Les conditions d'admissibilité – et, par conséquent, *la possibilité* d'obtenir le label – *sont les mêmes pour tous*.

III. ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

41. Les États-Unis ne contestent pas qu'il soit satisfait aux deux premiers éléments de l'article III:4 dans la présente affaire. La *seule* question que le Groupe spécial doit déterminer est celle de savoir si les conditions d'admissibilité prévues par la mesure modifiée soumettent les produits du thon mexicain à un traitement moins favorable que les produits similaires des États-Unis.

42. Le Mexique doit prouver que la mesure des États-Unis a une "incidence préjudiciable sur les conditions de concurrence" pour ses produits, ce qui nécessite une "véritable relation entre la mesure en cause et son incidence défavorable sur les possibilités de concurrence pour les produits importés". Le Mexique ne satisfait pas à ce critère.

43. Premièrement, le Mexique n'établit pas l'élément qui permet de déterminer que la mesure contestée accorde un traitement différent aux produits du thon des États-Unis et aux produits du thon mexicains. Comme nous l'avons vu plus haut, la mesure fixe les *mêmes* prescriptions en matière d'admissibilité pour tous les produits du thon vendus aux États-Unis – le thon ne doit pas avoir été capturé par encerclement des dauphins et le thon ne doit pas avoir été capturé lorsqu'un dauphin a été tué ou gravement blessé. Deuxièmement, le Mexique ne tient absolument aucun compte de l'analyse bien argumentée du Groupe spécial initial concernant la discrimination, qu'il considère apparemment comme entièrement dénuée de pertinence pour l'analyse de son allégation au titre de l'article III:4. Même si le Mexique tentait effectivement de prouver que la distinction établie par la mesure des États-Unis entre l'encerclement des dauphins et d'autres méthodes de pêche était infondée, cette tentative n'aboutirait certainement pas. Comme nous l'avons vu plus haut, le Mexique n'avance aucune preuve montrant que l'encerclement des dauphins puisse jamais être considéré comme sans risque pour les dauphins.

44. Il se peut que l'approche du Mexique serve ses intérêts offensifs dans le présent différend, mais, si elle était acceptée, elle compromettrait grandement la capacité d'un Membre à réglementer dans l'intérêt général. D'après l'approche du Mexique, l'*unique* considération pertinente est l'effet de la mesure. Le Membre défendeur n'a tout simplement pas la possibilité d'expliquer la raison d'être fondamentale et le fonctionnement du critère lors de l'analyse de la discrimination et le Groupe spécial n'aurait pas non plus la capacité de les examiner. La base des prescriptions – de fait, *l'exactitude du label* – est totalement dépourvue de pertinence pour l'analyse du traitement national. On ne peut surestimer les conséquences de cette approche. Bon nombre de mesures légitimes risqueraient d'être attaquées alors qu'elles ne l'avaient pas été auparavant.

45. Ce que suggère par conséquent l'approche du Mexique est qu'un Membre doit, avant d'appliquer une mesure qui fixe des critères légitimes, passer en revue tous les partenaires commerciaux actuels et potentiels pour les produits affectés par la mesure afin de déterminer si les produits affectés de ces pays satisfont à ce critère (ou si leurs producteurs sont disposés à s'adapter au nouveau critère). Lorsque les produits d'un pays donné ne sont pas conformes à ce critère (et que les producteurs de ce pays ne sont pas disposés à s'adapter), le Membre doit *abaisser* ses critères pour ne pas contrevenir à l'article III:4. Cette approche du "plus petit dénominateur commun" compromet grandement la capacité d'un Membre, de manière générale, à réglementer dans l'intérêt général.

46. L'analyse faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* ne suggère pas une conclusion différente, lorsque les données de fait versées au dossier étaient suffisantes pour que le Groupe spécial et l'Organe d'appel déterminent que la mesure contestée était incompatible *de facto* avec l'article III:4.

IV. ARTICLE XX DU GATT DE 1994

47. Même s'il était constaté que la mesure modifiée concernant l'utilisation du label *Dolphin Safe* était incompatible avec les articles I:1 ou III:4 du GATT de 1994, cette mesure est justifiée au titre de l'article XX b) et de l'article XX g).

48. En ce qui concerne le premier élément de l'article XX b), il a déjà été déterminé que l'un des deux objectifs de la mesure initiale était de "contribuer à la protection des dauphins en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins" et que la mesure initiale "[était] lié[e] à de véritables préoccupations en ce qui concerne la protection de la vie ou de la santé des dauphins" et qu'elle était "destinée à protéger la vie ou la santé des animaux ou l'environnement".

49. Pour ce qui est du deuxième élément de l'article XX b), la mesure modifiée satisfait aisément à l'analyse du "caractère nécessaire". Premièrement, on ne peut guère contester que la protection des dauphins soit un objectif important pour les États-Unis. De toute façon, "la protection de la santé et de la vie des animaux et la préservation des végétaux, qui constituent une partie essentielle de la protection de l'environnement, sont des valeurs importantes, reconnues dans l'Accord sur l'OMC". Deuxièmement, comme l'ont confirmé le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel, la mesure initiale contribuait à cet objectif. Troisièmement, l'Organe d'appel a déjà constaté que la mesure de rechange identifiée par le Mexique aux fins de l'article 2.2 de l'Accord OTC ne prouvait pas que la mesure initiale était "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'[était] nécessaire". Cela montre avec force que le Mexique ne pourra pas identifier une mesure de rechange appropriée compatible avec les règles de l'OMC aux fins de l'article XX b).

50. La mesure modifiée satisfait aussi au critère de l'article XX g). Premièrement, les dauphins sont une ressource naturelle vivante qui est, par conséquent, limitée et épuisable. Deuxièmement, la mesure modifiée "se rapport[e]" clairement "à" la conservation des dauphins. Le Groupe spécial initial a constaté – ce que l'Organe d'appel a confirmé – que l'un des objectifs de la mesure initiale était la "protection" des dauphins. Troisièmement, la mesure modifiée impose des restrictions comparables aux produits nationaux et aux produits importés. En fait, les prescriptions pertinentes *sont les mêmes*.

51. La mesure modifiée satisfait également aux dispositions du texte introductif de l'article XX. C'est seulement lorsque le groupe spécial constate l'existence d'un "traitement réglementaire différent" de ce type qu'il devrait analyser la question de savoir "si la discrimination qui en résulte est "arbitraire ou injustifiable"". Mais, dans la présente affaire, les conditions d'admissibilité sont les mêmes pour tous – la mesure modifiée est *neutre* quant à la nationalité. Tout produit du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins est inadmissible au bénéfice du label – la nationalité du navire (ou la nationalité de l'entreprise de transformation) est *dénuée de pertinence*. En fait, la question de savoir si les produits du thon sont admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* dépend des choix effectués par les propriétaires, les exploitants et les capitaines des navires. De plus, aucun élément de preuve ne suggère que cette prescription particulière en matière d'admissibilité traite le Mexique d'une manière différente.

52. De toute façon, les conditions d'admissibilité pour ce qui est de l'encerclement des dauphins ne sont ni arbitraires ni injustifiées. Comme l'Organe d'appel l'a récemment souligné, "l'un des facteurs les plus importants" pour procéder à cette évaluation 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'objectif pertinent pour les alinéas b) et g) est de "contribuer à la protection des dauphins en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une manière qui a des effets nuisibles sur les dauphins".

53. Il est indéniable que les deux conditions pertinentes d'admissibilité sont rationnellement liées à l'objectif de politique générale. Premièrement, on pourrait difficilement contester que la première condition d'admissibilité soit rationnellement liée à l'objectif et nous n'interprétons pas la première communication écrite du Mexique comme disant le contraire. Deuxièmement, s'agissant de la deuxième condition d'admissibilité, les États-Unis ont déjà indiqué dans le détail les dommages substantiels causés aux dauphins par l'encerclement. En faisant en sorte que les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins ne soient pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*, la mesure modifiée cherche à "réduire au minimum la mortalité et les blessures observées et non observées des dauphins". L'autre méthode de pêche permettant de produire du thon pour le marché des produits du thon des États-Unis ne cause pas aux dauphins le même niveau de dommages que l'encerclement. En fait, *toutes* les méthodes de pêche potentiellement admissibles ne capturent des dauphins que par accident, alors que *l'idée même* d'encercler les dauphins est de les capturer dans un filet à senne coulissante. L'encerclement des dauphins est la *seule* méthode de pêche qui *vise* les dauphins.

ANNEXE B-5**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS****I. LE MEXIQUE N'ÉTABLIT PAS QUE LA MESURE MODIFIÉE EN MATIÈRE D'ÉTIQUETAGE *DOLPHIN SAFE* EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC****A. L'allégation du Mexique ne relève pas du mandat du Groupe spécial**

1. L'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 ne relève pas du mandat du Groupe spécial.
2. Premièrement, le Mexique fait valoir que le Groupe spécial devrait se concentrer sur la mesure modifiée "prise dans son ensemble, et non sur les éléments constituant cette mesure". Mais pour déterminer son propre mandat, le Groupe spécial peut à l'évidence considérer les aspects spécifiques de la mesure. Dire qu'il lui est interdit de le faire ne tient pas compte des rapports antérieurs de l'Organe d'appel et de groupes spéciaux qui ont constamment constaté que des allégations formulées contre les éléments *inchangés* de la mesure initiale ne relevaient pas du mandat limité du groupe spécial de la mise en conformité.
3. Deuxièmement, le Mexique fait valoir que ces trois aspects de la mesure ont changé par rapport à la mesure initiale, ce qui implique que la suite des rapports cités par les États-Unis est inapplicable au présent différend. Il a tort. Le règlement final de 2013 ne modifie aucune des prescriptions *de la manière dont le Mexique allègue qu'elle prouve que la mesure modifiée est discriminatoire*.
4. Troisièmement, le Mexique fait valoir que même si les aspects de la mesure modifiée qu'il attaque maintenant sont inchangés par rapport à la mesure initiale, le Groupe spécial est tout de même compétent pour traiter son allégation parce que celle-ci n'a pas été tranchée sur le fond. Mais cela est manifestement erroné. Le Groupe spécial initial et l'Organe d'appel se sont effectivement prononcés quant au fond sur l'allégation formulée par le Mexique au titre de l'article 2.1. Et ce faisant, l'Organe d'appel a rejeté les trois éléments de l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1.
5. Quatrièmement, le Mexique dit que ""de nouvelles allégations à l'encontre d'aspects indissociables d'une mesure prise pour se conformer qui sont inchangés par rapport à la mesure initiale" relèvent du mandat d'un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5". Il ne présente aucun argument effectif indiquant que ces aspects sont "indissociables" de la mesure prise pour se conformer, et les trois aspects de la mesure sortent clairement du cadre du mandat du Groupe spécial.
6. Enfin, le Mexique n'"accepte [pas] sans condition" le rapport de l'Organe d'appel. Une telle approche prive les États-Unis de la possibilité de se conformer à leurs obligations dans le cadre du Mémoire d'accord.

B. L'Organe d'appel a déjà rejeté la totalité de l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1

7. L'allégation formulée par le Mexique au titre de l'article 2.1 devrait être rejetée au motif que l'Organe d'appel l'a déjà examinée – et rejetée – en totalité.
8. Premièrement, le Mexique fait valoir que les "conditions et prescriptions en matière d'étiquetage qui concernent l'admission et l'exclusion des méthodes de pêche" sont différentes dans la présente procédure de ce qu'elles étaient dans la procédure initiale. Mais bien entendu, cela est erroné. La condition d'admissibilité que le Mexique attaque ici est la même que celle qu'il avait attaquée auparavant.
9. L'argument vaut également pour les deux autres aspects (prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs) que le Mexique invoque dans le

cadre de son allégation au titre de l'article 2.1. L'AIDCP impose certaines prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs pour les grands senneurs opérant à l'intérieur de l'ETP auxquelles les autres navires ne sont pas soumis. Cette "différence" n'a pas été contestée dans la procédure initiale et relevait clairement de l'examen du dossier de l'Organe d'appel. Ce que le Mexique demande instamment au Groupe spécial c'est d'accepter ses arguments sans aucun égard pour les recommandations et décisions de l'ORD dans la procédure initiale. Cela est erroné. L'analyse du Groupe spécial doit être "fait[e] compte tenu de l'évaluation de la compatibilité de la mesure initiale avec un accord visé effectuée par le Groupe spécial initial puis par l'Organe d'appel".

C. Le Mexique ne prouve pas que l'un quelconque des trois éléments est pertinent pour l'analyse au titre de l'article 2.1

10. Les distinctions réglementaires ne sont pas toutes pertinentes pour la question de savoir si "l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime". L'Organe d'appel indique ce qui suit: "[I] nous faut *uniquement* examiner la distinction qui explique l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains par rapport aux produits du thon des États-Unis et aux produits du thon originaires d'autres pays. Alors qu'il apparaît qu'il souscrit à ce principe, le Mexique soutient à tort que les prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs sont pertinentes pour l'analyse au titre de l'article 2.1. La source des divergences entre les vues des parties sur cette question est un désaccord sur ce qu'est l'effet préjudiciable en l'espèce.

11. Pour la première étape de son analyse au titre de l'article 2.1, le Mexique s'appuie sur l'analyse effectuée par l'Organe d'appel au titre de l'article 2.1 et soutient que l'effet préjudiciable est causé par le refus de "l'accès à ce label pour la plupart des produits du thon mexicains". Toutefois, pour la deuxième étape de son analyse au titre de l'article 2.1, il change de stratégie et, s'appuyant fortement sur l'analyse effectuée par le Groupe spécial initial au titre de l'article 2.2, il fait valoir que l'"exactitude" des renseignements est la pierre angulaire de la constatation concernant l'effet préjudiciable. Les États-Unis contestent que l'effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence puisse jamais être différent pour les deux étapes de l'analyse au titre de l'article 2.1. Une telle interprétation vide l'analyse de son sens. Tout l'objet de la deuxième étape de l'analyse est de déterminer si l'effet préjudiciable *dont l'existence a été déterminée dans la première étape* "dénote une discrimination".

12. Les conclusions formulées par l'Organe d'appel dans les paragraphes 233 à 235 du rapport montrent que c'est *l'accès*, et non l'exactitude, qui était la pierre angulaire de son analyse concernant l'effet préjudiciable. Les prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs ne sont donc pas pertinentes pour cette analyse, en ce sens qu'aucun de ces aspects n'explique l'effet préjudiciable. Non seulement l'argument du Mexique contredit les recommandations et décisions de l'ORD, mais le Mexique n'avance *aucun* élément de preuve pour prouver cette affirmation. Sa tentative de "repenser" l'analyse de l'Organe d'appel concernant l'effet préjudiciable est un autre exemple de sa tentative d'"appel" concernant les décisions et recommandations de l'ORD.

13. Le Mexique fait erreur également en faisant valoir qu'un "autre élément étayant" la proposition selon laquelle l'effet préjudiciable existe est l'"application unilatérale" de la mesure modifiée. Premièrement, les recommandations et décisions de l'ORD ne concluaient pas que l'effet préjudiciable était un facteur d'application dite "unilatérale". De ce fait, on ne voit pas bien pourquoi le Mexique estime que son argument est pertinent pour le différend. Deuxièmement, l'Organe d'appel a déjà constaté que l'objectif de la mesure initiale n'était pas de "contraindre" le Mexique. Troisièmement, le Mexique allègue que la mesure modifiée "affaiblit le régime de l'AIDCP" mais il n'avance aucun argument montrant qu'il a été porté atteinte au fonctionnement de l'AIDCP. En tout état de cause, il serait donc simplement inexact de dire que les États-Unis ont agi d'une manière contraire à l'Accord sur l'OMC en déterminant pour eux-mêmes quel niveau de protection était approprié pour les États-Unis.

D. Le Mexique ne prouve pas que l'effet préjudiciable ne découle pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes

1. Le Mexique ne prouve pas que les conditions d'admissibilité ne sont pas impartiales

14. Dans sa deuxième communication, une fois encore, le Mexique n'établit pas que les prescriptions en matière d'admissibilité prouvent que la mesure modifiée est incompatible avec l'article 2.1. Comme les États-Unis l'ont expliqué, les conditions d'admissibilité sont, en fait, entièrement neutres et donc impartiales. Le Mexique rétorque que l'Organe d'appel a déterminé que les conditions d'admissibilité avaient un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains. C'est vrai, mais cela ne prouve pas que ces conditions d'admissibilité ne sont pas impartiales. En outre, il ressort clairement des recommandations et décisions de l'ORD que l'Organe d'appel n'est pas convenu que la condition d'admissibilité relative à l'encerclement des dauphins n'était pas impartiale, et le fait que la prescription était neutre quant aux pêcheries était déterminant pour sa constatation.

15. Le Mexique réaffirme aussi son argument selon lequel "les méthodes de pêche utilisées à l'extérieur de l'ETP ont sur les dauphins des effets nuisibles qui sont égaux ou supérieurs aux effets causés par l'encerclement des dauphins dans l'ETP d'une manière compatible avec l'AIDCP". Il n'avance pas de nouveaux éléments de preuve à l'appui de cette affirmation et ne répond pas aux très nombreux éléments de preuve que les États-Unis présentent pour prouver que ladite affirmation est sans fondement.

16. Plus fondamentalement, le Mexique fait valoir à tort que les États-Unis ne peuvent pas établir de distinctions entre différentes méthodes de pêche. L'encerclement des dauphins est la seule méthode de pêche qui cible les dauphins. Elle 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.

2. Le Mexique ne prouve pas que les prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification ne sont pas impartiales

17. Le Mexique fait valoir que, parce que l'AIDCP impose certaines prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification pour le thon capturé par les grands senneurs opérant à l'intérieur de l'ETP et que la mesure modifiée n'impose pas ces mêmes prescriptions en ce qui concerne les autres thons vendus sur le marché des produits du thon des États-Unis, la mesure modifiée n'est pas impartiale. Toutefois, la "différence" dont il se plaint ne découle absolument pas de la législation des États-Unis, mais découle de l'AIDCP. Le Mexique fait valoir que son "allégation est formulée en ce qui concerne la distinction réglementaire pertinente dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage de la mesure modifiée concernant le thon, et non de l'AIDCP". Mais il n'explique pas pourquoi il en est ainsi. Les prescriptions effectives concernant l'enregistrement des données et la vérification dont il se plaint figurent dans l'AIDCP. Il serait donc inexact de dire que *la mesure modifiée* désavantage les producteurs mexicains d'une manière qui pourrait être considérée comme n'étant pas impartiale.

18. Le Mexique n'a pas communiqué d'éléments de preuve à l'appui de son affirmation selon laquelle les pouvoirs publics et les citoyens des États-Unis ont été victimes d'une fraude due à un étiquetage inexact, à l'échelle de la branche de production, durant les deux dernières décennies. Il nie que cet aspect de son allégation soit sans fondement faute d'éléments de preuve en s'appuyant sur sa théorie concernant la charge de la preuve qui lui incombe. Selon lui, un plaignant n'est pas tenu de prouver que cet élément n'est pas impartial. En fait, tout ce qui est requis du Mexique, c'est qu'il affirme que: "des produits du thon contenant du thon non-*Dolphin Safe* capturé à l'extérieur de l'ETP *pourraient potentiellement* entrer sur le marché des États-Unis en étant étiquetés *Dolphin Safe de façon inexacte*". Cependant, l'Organe d'appel a indiqué clairement que rien dans son analyse au titre de l'article 2.1 ne modifiait les notions traditionnelles de charge de la preuve.

19. Ensuite, le Mexique n'explique pas en quoi son approche n'est pas incompatible avec le principe fondamental selon lequel "un Membre ne sera pas empêché de prendre les mesures nécessaires à l'accomplissement de ses objectifs légitimes *aux niveaux qu'il considère appropriés*". En soutenant que les États-Unis doivent imposer à tous leurs partenaires

commerciaux des prescriptions équivalentes à celles de l'AIDCP, il demande instamment au présent Groupe spécial d'adopter une approche suivant laquelle, quel que soit ce à quoi le Mexique s'engage dans le cadre d'un accord international, les États-Unis doivent se l'imposer à eux-mêmes et l'imposer à tous leurs autres partenaires commerciaux, indépendamment des données scientifiques ou de toute autre considération. Son approche est incompatible avec le sixième considérant du préambule et, en tant que telle, ne permet pas d'établir que la mesure modifiée est incompatible avec l'article 2.1.

20. Enfin, le Mexique ne tient pas compte de l'historique de l'AIDCP. Les Membres de la CITT sont convenus de prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et la couverture d'observation qui sont *différentes* de celles dont d'autres Membres sont convenus dans d'autres zones de pêche parce que l'ETP est *différent*. Le dommage que les grands senneurs ont causé aux dauphins dans l'ETP n'a été observé nulle part ailleurs dans une zone de pêche au thon. Il n'est donc pas surprenant que le thon capturé par de grands senneurs dans l'ETP soit maintenant soumis à des règles différentes de celles auxquelles est soumis le thon capturé ailleurs. Le fait que la mesure modifiée exige que le numéro de référence de l'AIDCP soit inscrit sur le formulaire 370 n'est pas illégitime.

3. Le Mexique ne prouve pas que la prescription imposant une certification par un observateur n'est pas impartiale

21. Là encore, le Mexique n'établit pas *prima facie* que le fait de ne pas imposer au reste du monde une couverture d'observation équivalente à celle de l'AIDCP rende la mesure modifiée discriminatoire.

22. Premièrement, les prescriptions spécifiques concernant le 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.

23. Deuxièmement, l'approche du Mexique contredit directement les constatations de l'Organe d'appel. L'Organe d'appel avait connaissance du fait que les grands senneurs opérant dans l'ETP transportent des observateurs alors que d'autres navires ne le font pas. De fait, l'Organe d'appel a noté que le Groupe spécial n'avait pas indiqué que l'imposition d'une prescription générale concernant la certification par un observateur "serait le *seul* moyen permettant aux États-Unis d'adapter leurs dispositions en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*" et a noté "que la mesure en cause elle-même envisag[eait] la possibilité" que le capitaine délivre cette certification. En conséquence, l'Organe d'appel n'a pas constaté que l'aspect concernant les observateurs et les déclarations de capitaines n'était pas impartial. De fait, il a reconnu que la mesure initiale "[prenait] *pleinement* en compte les effets nuisibles résultant pour les dauphins de leur encerclement" – tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'ETP – même si la déclaration du capitaine était la certification requise pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP. Le Mexique cherche maintenant à faire "appel" de cette constatation.

24. Troisièmement, le Mexique soutient que les déclarations des capitaines sont "foncièrement peu fiables" et que la mesure modifiée est "conçue et appliquée d'une manière qui crée la probabilité, sinon la certitude, que du thon non conforme sera indûment certifié *Dolphin Safe*". Mais il n'établit pas *prima facie* que la mesure modifiée est incompatible avec l'article 2.1 en se fondant sur de simples affirmations. Il n'avance aucun élément de preuve montrant que du thon qui n'est pas admissible au bénéfice du label est illégalement étiqueté *Dolphin Safe*.

25. Quatrièmement, le Mexique fait valoir que cet aspect de la mesure n'est pas impartial parce qu'il est "entièrement incompatible avec l'objectif" visé par la mesure. L'Organe d'appel n'a jamais mentionné cette question comme étant un élément de l'analyse dans le présent différend ou dans les deux autres différends relevant de l'Accord OTC. Et il a indiqué clairement que les analyses étaient différentes au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC et du texte introductif de l'article XX du GATT. Cette question n'est donc pas pertinente pour l'analyse.

26. Cinquièmement, l'argument du Mexique est dénué de fondement parce qu'il: 1) ne tient pas compte de la raison pour laquelle l'AIDCP a été conclue en premier lieu; 2) ne tient pas compte du niveau des dommages actuels résultant de l'encerclement des dauphins; 3) ne tient pas compte des conséquences commerciales d'une prescription imposant une couverture d'observation de 100%; 4) ne tient pas compte du principe fondamental à la base de l'Accord OTC selon lequel "un

Membre ne sera pas empêché de prendre les mesures nécessaires à l'accomplissement de ses objectifs légitimes "aux niveaux qu'il considère appropriés"; et 5) exige des États-Unis qu'ils imposent à tous leurs partenaires commerciaux une prescription "rigide et strict[e]" concernant les observateurs, indépendamment de la question de savoir si celle-ci est nécessaire eu égard au dommage causé aux dauphins dans cette zone de pêche particulière, ou réalisable compte tenu du coût du programme.

II. LE MEXIQUE N'ÉTABLIT PAS QUE LA MESURE MODIFIÉE EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE I:1 DU GATT DE 1994

27. Le Mexique s'appuie entièrement sur la conclusion formulée par l'Organe d'appel dans les paragraphes 233 à 235 de son rapport selon laquelle la mesure modifiée cause un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains contenant du thon capturé par encerclement des dauphins pour établir son allégation au titre de l'article I:1. La constatation d'effet préjudiciable formulée par l'Organe d'appel, ainsi que les constatations de fait du Groupe spécial initial qui sous-tendent la conclusion de l'Organe d'appel, sont limitées à l'inadmissibilité des produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins au bénéfice du label et à l'admissibilité potentielle des produits du thon capturé au moyen d'autres méthodes au bénéfice de ce label. Le Mexique *n'allègue ni ne prouve* qu'un quelconque autre aspect de la mesure modifiée, y compris les prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et la couverture d'observation, est incompatible avec l'article I:1.

28. Le Mexique ne s'est pas acquitté de la charge qui lui incombait de démontrer que la mesure modifiée était incompatible avec l'article I:1. L'"avantage" accordé par la mesure des États-Unis est l'accès au label *Dolphin Safe*. Rien n'empêche les conserveries mexicaines ou les navires mexicains de produire des produits du thon qui seraient admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*. Le Mexique affirme que l'Organe d'appel "a effectivement rejeté le raisonnement" sur lequel repose l'argument des États-Unis. Nous ne sommes pas d'accord. L'Organe d'appel a rejeté, non la qualification de la mesure des États-Unis donnée par le Groupe spécial initial mais, au lieu de cela, ce qu'il percevait comme étant la supposition du Groupe spécial initial selon laquelle les distinctions réglementaires qui ne sont pas fondées sur "l'origine nationale en soi ne peuvent pas être pertinentes pour l'évaluation de la compatibilité d'une mesure particulière avec l'article 2.1 de l'Accord OTC". Le Groupe spécial initial n'a formulé aucune constatation au titre de l'article I:1 et, par conséquent, le Groupe spécial devrait maintenant procéder à une "évaluation objective de la question".

29. Le Mexique affirme que "les conséquences de l'action unilatérale des États-Unis" consistant à appliquer la mesure modifiée "étaient davantage" l'existence de l'effet préjudiciable. Cet argument est dénué de fondement. Premièrement, les recommandations et décisions de l'ORD ne constataient pas que l'"effet préjudiciable" était un facteur d'application dite "unilatérale". Deuxièmement, la qualification par le Mexique de la mesure comme "exerçant intentionnellement une pression sur le Mexique afin qu'il modifie ses pratiques de pêche au thon" est incorrecte. Le Groupe spécial initial a conclu que "rien n'empêch[ait] les Membres d'utiliser les incitations créées par les préférences des consommateurs pour encourager ou décourager des comportements particuliers qui [pouvaient] avoir une incidence sur la protection de la vie ou de la santé des animaux". Troisièmement, c'est à tort que le Mexique s'appuie sur l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Quatrièmement, les recommandations et décisions de l'ORD indiquent que le label de l'AIDCP ne réalise pas les objectifs visés par la mesure des États-Unis au niveau que les États-Unis considèrent approprié.

III. LE MEXIQUE N'ÉTABLIT PAS QUE LA MESURE MODIFIÉE EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

30. Comme pour son allégation au titre de l'article I:1, le Mexique s'appuie entièrement sur les paragraphes 233 à 235 du rapport de l'Organe d'appel pour faire valoir que la mesure modifiée prévoit un traitement moins favorable pour les produits du thon mexicains, ce qui est incompatible avec l'article III:4. Les constatations de l'Organe d'appel concernant l'effet préjudiciable sont limitées à l'inadmissibilité du thon capturé par encerclement des dauphins au bénéfice du label et à l'admissibilité du thon capturé au moyen d'autres méthodes au bénéfice de ce label. Le Mexique *n'allègue ni ne prouve* qu'un quelconque autre aspect de la mesure modifiée est incompatible avec l'article III:4.

31. En outre, pour les raisons examinées plus haut, le Mexique ne prouve pas que la mesure modifiée soumet les produits du thon mexicains à un traitement moins favorable. Il s'appuie fortement sur la déclaration formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* selon laquelle, au titre de l'article III:4, un groupe spécial n'est pas "tenu d'examiner si l'incidence préjudiciable d'une mesure ... découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime", or l'analogie à ce différend est erronée. L'argument du Mexique concernant la "con[ception] et [l']appli[cation] unilatérale[s]" de la mesure est sans pertinence et sans fondement pour les raisons examinées plus haut.

IV. LA MESURE MODIFIÉE EST JUSTIFIÉE AU TITRE DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994

A. Champ de l'analyse

32. Le Mexique demande au Groupe spécial de procéder à un examen qui va bien au-delà du champ de l'analyse au titre des alinéas b) et g), telle qu'elle a été définie par l'Organe d'appel. Il s'appuie exclusivement sur les paragraphes 233 à 235 du rapport de l'Organe d'appel lorsqu'il allègue que la mesure modifiée est incompatible avec l'article I:1 et l'article III:4, en vertu de la théorie voulant que la mesure modifiée prive le thon mexicain capturé par encerclement des dauphins de l'"accès" au label, alors que le thon capturé par d'autres moyens continue d'avoir "accès" au label. Il *n'allègue ni ne prouve* qu'un quelconque autre aspect de la mesure modifiée est incompatible avec le GATT. Toutefois, dans son examen des alinéas b) et g), il fait valoir que, parce qu'"il n'y a aucune prescription ou procédure effective concernant l'enregistrement des données, le repérage et la vérification s'agissant du thon capturé par des navires de pêche à l'extérieur de l'ETP", la mesure modifiée ne protège pas la santé et la vie des animaux aux fins de l'alinéa b), et ne se "rapporte" pas à la conservation des dauphins aux fins de l'alinéa g).

33. Cela n'est pas approprié. L'Organe d'appel a dit clairement que "les aspects d'une mesure devant être justifiés au regard des alinéas de l'article XX [étaient] ceux qui donn[aient] lieu à la constatation d'incompatibilité au titre du GATT de 1994". Les États-Unis ont seulement besoin de justifier les distinctions réglementaires entre les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins et les produits du thon contenant du thon capturé au moyen d'autres méthodes de pêche, eu égard à la façon dont le Mexique a conçu (et tenté d'établir) ses allégations au titre du GATT. Les parties de la réponse du Mexique au titre de l'article XX qui traitent les prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs sont sans pertinence pour cette analyse.

B. La mesure modifiée satisfait aux conditions de l'article XX b)

1. La mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* a un lien suffisant avec un intérêt visé à l'article XX b)

34. L'Organe d'appel a déterminé que la mesure initiale avait deux objectifs: l'"objectif d'information des consommateurs" et l'"objectif de protection des dauphins". La mesure modifiée a les deux mêmes objectifs. Les recommandations et décisions de l'ORD démontrent qu'il y a "un lien suffisant" entre l'objectif de protection des dauphins visé par la mesure modifiée et la protection de la santé et de la vie des animaux. Le Groupe spécial initial a constaté, et l'Organe d'appel a confirmé, que la mesure initiale était "liée" à de véritables préoccupations en ce qui concerne la protection de la vie ou de la santé des dauphins", et était "destinée à protéger la vie ou la santé des animaux ou l'environnement".

35. Le Mexique ne tient pas compte des recommandations et décisions de l'ORD et présente une autre théorie juridique sans précédent, faisant valoir que la mesure modifiée ne cherche pas à atteindre un objectif qui relève de l'alinéa b) parce qu'elle *ne contribue pas* suffisamment à cet objectif. Cette théorie est dénuée de fondement. En mettant l'accent sur la contribution de la mesure, le Mexique fusionne indûment les questions de savoir si l'objectif pertinent relève de l'alinéa b) et si la mesure contestée est "nécessaire" à la protection de la santé et de la vie des animaux. Le niveau auquel la mesure contribue à son objectif n'est pas pertinent pour la première question. En outre, l'argument du Mexique est en dehors du champ de cette analyse en ce sens qu'il est entièrement fondé sur les aspects de la mesure dont le Mexique n'allègue ni ne prouve qu'ils sont incompatibles avec le GATT.

2. La mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* est "nécessaire" à la protection de la santé et de la vie des dauphins

36. Une analyse de la nécessité suppose "de "soupeser et mettre en balance" une série de facteurs, y compris l'importance de l'objectif, la contribution de la mesure à cet objectif et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure". S'agissant du premier élément, les États-Unis ont expliqué que la protection des dauphins était un objectif important. Le Mexique admet ce point.

37. S'agissant du deuxième élément, les recommandations et décisions de l'ORD ont établi que la mesure initiale contribuait à l'objectif de protection des dauphins dans une certaine mesure. La mesure modifiée contribue à ce même objectif à un niveau encore plus élevé. Le Mexique n'est pas d'accord avec les constatations du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel. En fait, il apparaît qu'il va jusqu'à soutenir que ni l'une ni l'autre mesure – la mesure initiale ou la mesure modifiée – n'apportent une *quelconque* contribution à l'objectif de protection des dauphins. Dans le contexte d'une procédure au titre de l'article 21:5, les recommandations et décisions de l'ORD correspondantes sont considérées comme acquises. Le Groupe spécial devrait rejeter l'"appel" sans fondement du Mexique concernant le rapport de l'Organe d'appel.

38. S'agissant du caractère restrictif pour le commerce de la mesure, l'Organe d'appel dans le présent différend a dit que le "caractère restrictif pour le commerce" "désign[ait] quelque chose ayant un effet limitatif sur le commerce". Le Mexique présente trois arguments concernant les raisons pour lesquelles la mesure des États-Unis est "restrictive pour le commerce". Aucun de ces arguments ne se rapporte au caractère restrictif pour le commerce de la mesure modifiée: la mesure modifiée n'interdit pas au Mexique de vendre des produits du thon aux États-Unis et, de fait, les produits du thon mexicains non-*Dolphin Safe* continuent d'être vendus aux États-Unis. Les arguments concernant les deux autres aspects de la mesure, l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs, sortent du champ de l'examen de la question de savoir si la mesure modifiée relève de l'alinéa b) et il est difficile de comprendre en quoi l'un ou l'autre aspect a une quelconque incidence sur les exportations de produits du thon mexicains à destination des États-Unis.

39. La première mesure de rechange du Mexique n'est pas une "véritable solution de rechange". Premièrement, la description qu'en donne le Mexique est si brève et vague qu'elle prive les États-Unis de la possibilité de l'évaluer. Deuxièmement, la seule différence entre la mesure modifiée et la première mesure de rechange du Mexique est que le thon capturé par tous les navires autres que les grands senneurs opérant dans l'ETP serait soumis à des prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs qui sont équivalentes à celles de l'AIDCP. Cependant, seuls les aspects de la mesure contestée "qui donnent lieu à la constatation d'incompatibilité au titre du GATT de 1994" doivent être justifiés au regard des alinéas de l'article XX. Troisièmement, le Mexique n'a pas montré que sa mesure de rechange était "moins incompatible avec les règles de l'OMC" que ne l'est, d'après les allégations, la mesure modifiée. Quatrièmement, la mesure de rechange du Mexique n'est pas moins restrictive pour le commerce que la mesure modifiée. Enfin, la mesure de rechange proposée n'est pas raisonnablement disponible. En laissant de côté les coûts de démarrage nécessaires à l'établissement de ces programmes, le fonctionnement de la partie de la mesure de rechange du Mexique concernant la couverture d'observation coûterait chaque année à tout le moins des centaines de millions de dollars EU, sinon plus de 1 milliard de dollars EU. Nous faisons observer en outre qu'étant donné l'importance de ces coûts, il semblerait de la même façon impossible que la branche de production finance entièrement les coûts de tels programmes.

40. La deuxième proposition du Mexique est que les États-Unis "autorisent d'autres systèmes d'étiquetage", y compris le label de l'AIDCP, "cela allant de pair avec une prescription imposant de fournir aux consommateurs des renseignements détaillés sur ce que les étiquettes signifient". Il apparaît que c'est la même mesure de rechange que le Mexique a présentée dans la procédure initiale aux fins de l'article 2.2 de l'Accord OTC. L'Organe d'appel a fait observer que dans le cadre de la mesure de rechange du Mexique, le thon capturé par encerclement des dauphins pourrait être admissible au bénéfice du label *Dolphin Safe*, alors que dans le cadre de la mesure des États-Unis, ce thon n'était pas admissible. Par conséquent, la proposition du Mexique contribuerait à la protection des dauphins "à degré moindre" que la mesure des États-Unis. La constatation de l'Organe d'appel au sujet de l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.2 est clairement applicable à la présente mesure de rechange. Le Mexique n'explique pas en quoi sa deuxième

proposition de mesure de rechange est compatible avec le rapport de l'Organe d'appel et, de fait, elle ne l'est pas.

C. La mesure modifiée satisfait au critère de l'article XX g)

41. La mesure modifiée satisfait aux dispositions de l'article XX g). Premièrement, dans leur première communication écrite, les États-Unis ont expliqué que les dauphins étaient une ressource naturelle épuisable. Le Mexique reconnaît que c'est le cas.

42. Deuxièmement, ainsi qu'il a été examiné plus haut, le Groupe spécial initial a constaté, et l'Organe d'appel a confirmé, que la mesure des États-Unis cherchait à atteindre l'objectif susmentionné de protection des dauphins et, en fait, contribuait effectivement à cet objectif. Le Groupe spécial initial a constaté, et l'Organe d'appel a confirmé, que la mesure initiale était capable d'accomplir complètement son objectif de protection des dauphins à l'intérieur de l'ETP et partiellement à l'extérieur de l'ETP. La mesure modifiée va plus loin dans la protection des dauphins en appliquant un mécanisme de certification (la déclaration du capitaine) qui a été jugé "apte à accomplir" l'objectif des États-Unis dans le contexte de l'encerclement des dauphins à l'extérieur de l'ETP pour ce qui est d'attester qu'aucun dauphin n'a été tué ou gravement blessé lors de la capture du thon.

43. La mesure modifiée impose aussi des restrictions comparables sur les produits nationaux et les produits importés. Elle impose les *mêmes* conditions et prescriptions en matière d'admissibilité aux navires des États-Unis et aux navires étrangers. Le Mexique allègue que ces prescriptions ne relèvent pas de l'alinéa g) parce qu'elles ne "répart[issent] [pas] la charge de la conservation entre les consommateurs étrangers et les consommateurs nationaux d'une manière "impartiale" ou équilibrée". Mais une telle approche est incorrecte. Selon l'approche du Mexique et à la lumière des allégations qu'il formule au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, l'alinéa g) deviendrait inutile. Le Mexique allègue aussi que la mesure modifiée "n'impose pas de réelles restrictions sur le thon qui est pêché par la flottille des États-Unis à l'extérieur de l'ETP". Mais l'Organe d'appel a déjà constaté que la mesure initiale "[prenait] pleinement en compte" les risques causés par la pratique "particulièrement dommageable" de l'encerclement des dauphins tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'ETP. Le règlement final de 2013 étend le système de certification qui étayait cette constatation au risque de mort et de blessure grave à l'extérieur de l'ETP.

D. La mesure modifiée est appliquée d'une manière compatible avec le texte introductif de l'article XX

44. La mesure modifiée n'est pas non plus appliquée de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, soit une restriction déguisée au commerce. Au regard du texte introductif, la discrimination existe seulement dans les cas où "les pays où les mêmes conditions existent sont traités différemment". Il faut donc répondre à deux questions: 1) la question de savoir si la mesure modifiée accorde un traitement réglementaire différent aux produits originaires de différents pays; et 2) la question de savoir si les "conditions" qui existent dans ces pays sont "les mêmes". Dans les deux cas, la réponse est négative.

45. Comme les États-Unis l'ont expliqué, la condition d'admissibilité concernant l'encerclement des dauphins est *neutre* quant à la nationalité. 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*. La question de savoir si les produits du thon sont admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* dépend des choix effectués par les propriétaires, les exploitants et les capitaines des navires. Comme les États-Unis l'ont fait observer précédemment, à l'époque où la DPCIA a été promulguée initialement, les navires battant pavillon des États-Unis (ainsi que beaucoup d'autres navires) opéraient dans l'ETP et pratiquaient l'encerclement des dauphins. Le simple fait que, au cours des 20 dernières années, les navires battant pavillon de certains Membres ont adopté des méthodes de pêche qui sont moins dommageables pour les dauphins (alors que d'autres ne l'ont pas fait) ne signifie pas que la mesure des États-Unis accorde un traitement réglementaire différent à différents pays.

46. Par ailleurs, les conditions qui existent dans les pays pertinents ne sont pas les mêmes. Du fait que cette condition d'admissibilité établit des distinctions, non pas entre les Membres, voire entre les pêcheries, mais entre les méthodes de pêche, il apparaîtrait 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, d'autre part. Cette comparaison est plus qu'approximative. Les données scientifiques concernant les dommages causés aux dauphins étayaient pleinement la distinction établie par la mesure entre l'encerclement des dauphins et les autres méthodes de pêche. En tant que telles, s'agissant de la protection et de la conservation des dauphins, les "conditions" qui existent dans un Membre dont la flottille pratique régulièrement l'encerclement des dauphins ne sont *pas les mêmes* que celles qui existent dans un Membre dont la flottille emploie les autres méthodes utilisées pour produire du thon destiné au marché des produits du thon des États-Unis.

47. Il apparaît aussi que le Mexique présente un argument distinct selon lequel la différence alléguée dans les prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs prouve également que la mesure modifiée établit une discrimination dans les cas où les conditions sont les mêmes. Cet argument est sans fondement. Tout d'abord, le Mexique ne peut pas expliquer pourquoi un tel argument est pertinent pour cette analyse. Il n'allègue même pas, et prouve encore moins, que les prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et la couverture d'observation ont un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains, ce qui suffirait, d'après les allégations du Mexique, pour établir l'incompatibilité de la mesure des États-Unis avec les articles I:1 et III:4. 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 perçu par le Mexique s'agissant du fonctionnement de la branche de production des produits du thon mexicaine. Troisièmement, le Mexique estime à tort que les "conditions", telles qu'elles se rapportent à ces prescriptions, sont les "mêmes". Les Membres de la CITT sont convenus de prescriptions *différentes* en ce qui concerne l'enregistrement des données/la vérification et la couverture d'observation parce que l'ETP *est différent* – nulle part ailleurs dans le monde la pêche au thon n'a causé aux dauphins le dommage que les grands senneurs ont causé dans l'ETP.

48. Si l'existence d'une discrimination est constatée, l'un des "facteurs les plus importants" pour déterminer si cette 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". Le refus de l'admissibilité au bénéfice du label pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins est directement lié à l'objectif de protection des dauphins. Comme les États-Unis l'ont démontré, l'encerclement des dauphins est une méthode de pêche "particulièrement dommageable", et les autres méthodes de pêche ne causent pas le même niveau de dommage que l'encerclement pour les dauphins.

49. En fait, il apparaît que le Mexique ne s'intéresse pas du tout à la question de savoir si ces conditions d'admissibilité sont rationnellement liées à l'objectif de protection des dauphins. Il apparaît plutôt que l'examen du Mexique est davantage centré sur le fait que la plus grande partie du thon mexicain, parce qu'il est pêché par de grands senneurs dans l'ETP, est soumis à des prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs imposées par l'AIDCP auxquelles le thon capturé à l'extérieur de l'ETP n'est pas soumis. Selon le Mexique, cette "différence" ne contribue pas à la protection des dauphins à l'extérieur de l'ETP. Premièrement, et comme cela a été examiné plus haut, l'affirmation du Mexique est contraire aux constatations de l'ORD selon lesquelles la mesure initiale contribuait *effectivement* à la protection des dauphins à l'extérieur de l'ETP pour ce qui est de la pêche aux filets dérivants et de l'encerclement des dauphins, et à la suggestion de l'Organe d'appel selon laquelle les déclarations des capitaines constituent une certification adéquate. Deuxièmement, dans la mesure où les prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs sont pertinentes pour cette analyse, ce que nous contestons, nous notons que le fait que l'AIDCP impose des prescriptions uniques que les régimes juridiques couvrant d'autres zones de pêche ne reproduisent pas se rapporte en effet à la protection et à la conservation des dauphins.

50. Enfin, 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". Là encore, il a tort en droit. Ainsi qu'il a été noté précédemment, un Membre peut prendre des mesures "aux niveaux qu'il considère appropriés" et 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.

51. Le Mexique a tort également en fait. Les États-Unis *ont engagé* des négociations multilatérales avec lui dans le cadre du processus de l'AIDCP. En outre, ils ont continué de débattre de cette question avec lui dans nombre de cadres différents, y compris deux réunions organisées à Mexico au second semestre de 2009. Ils notent aussi, comme cela est mentionné plus haut, que l'invocation par le Mexique de l'affaire *États-Unis – Crevettes* est particulièrement malvenue. Dans ce différend, il avait été constaté initialement que la mesure des États-Unis n'était pas justifiée au regard de l'article XX en partie en raison de son caractère "rigide et strict". Or, le Mexique allègue maintenant que les États-Unis doivent imposer sur tout le thon vendu comme étant *Dolphin Safe* sur le marché des produits du thon des États-Unis des prescriptions "rigides et strictes" concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs, indépendamment du lieu ou de la manière dont le thon a été capturé, *pour que la mesure soit justifiée au regard de l'article XX*. L'approche du Mexique est à l'opposé de celle qui a été adoptée dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*.

ANNEXE B-6**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE LIMINAIRE DES ÉTATS-UNIS
À LA RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL****I. L'ALLÉGATION DU MEXIQUE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC EST SANS FONDEMENT****A. L'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 est sans fondement car elle ne relève pas du mandat du Groupe spécial**

1. L'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 ne relève pas du mandat du Groupe spécial. S'appuyant sur l'affaire *États-Unis – Réduction à zéro (article 21:5 – CE)*, le Mexique fait valoir maintenant que son allégation au titre de l'article 2.1 relève du mandat du Groupe spécial parce que les aspects inchangés de la mesure modifiée en cause sont "inséparables" de quelque chose qui relève clairement de ce mandat – la mesure des États-Unis prise pour se conformer. De fait, le règlement final de 2013 modifie la législation des États-Unis en ce qui concerne le thon capturé par tous les navires *autres* que les navires opérant dans l'ETP conformément aux prescriptions de l'AIDCP.

2. Il est assurément injuste de la part d'un plaignant d'étaler intentionnellement sur les deux procédures l'argument qu'il a formulé dans une allégation particulière, comme le Mexique l'a fait ici. En bref, le Mexique demande instamment au Groupe spécial de reprocher aux États-Unis de ne pas s'être mis en conformité avec un ensemble de recommandations et décisions entièrement différent de celui que l'ORD a effectivement adopté – une proposition manifestement injuste, qui élargit inutilement le présent différend. De fait, l'approche du Mexique présente précisément la "deuxième chance" induite contre laquelle l'Organe d'appel a mis en garde.

B. L'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 est dénuée de fondement

3. En tout état de cause, l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 est dénuée de fondement. Le Mexique n'a pas prouvé que les distinctions réglementaires qui expliquaient tout effet préjudiciable n'étaient pas "impartiales". Il n'a donc pas prouvé que l'effet préjudiciable "dénot[ait] une discrimination".

4. Quant aux distinctions réglementaires pertinentes, il n'est *pas contesté* par les parties que la condition d'admissibilité relative à la question de savoir si un dauphin a été tué ou gravement blessé lors de la pêche au thon soit impartiale. Et alors que le Mexique conteste que la condition d'admissibilité relative à l'encerclement des dauphins soit impartiale, il ne prouve pas ses affirmations à cet égard.

5. Comme cela devrait être clair, cette prohibition s'applique également à toutes les zones de pêche. Et le fait que les navires mexicains continuent de pratiquer l'encerclement des dauphins – et produisent donc des produits du thon inadmissibles au bénéfice du label – ne signifie pas que la distinction réglementaire n'est pas impartiale. Si c'était le cas, tout ce que le Mexique aurait besoin de prouver est qu'il existe un effet préjudiciable, ce qui rendrait inutile la deuxième étape de l'analyse.

6. Le fait est qu'il est entièrement approprié de la part des États-Unis d'établir une distinction entre l'encerclement des dauphins, qui est *intrinsèquement* dangereux pour les dauphins, et les autres méthodes de pêche. Les données scientifiques étayent l'approche des États-Unis à cet égard et contredisent directement celle du Mexique. Le Mexique n'a simplement pas établi ce qu'il affirme – à savoir que *toutes* les autres techniques de pêche "ont des effets nuisibles sur les dauphins, qui sont égaux ou supérieurs" à ceux de l'encerclement des dauphins.

7. De ce fait, le Mexique est obligé de s'appuyer beaucoup sur son argument de repli selon lequel, du fait que l'AIDCP impose pour l'enregistrement des données, la vérification et la couverture d'observation des grands senneurs opérant dans l'ETP des prescriptions qui sont différentes de celles que la mesure modifiée exige des autres navires, la mesure modifiée n'est pas

impartiale. Mais ces "différences" n'ont pas l'effet préjudiciable dont l'Organe d'appel a constaté l'existence et, en tant que telle, aucune analyse de l'un ou l'autre aspect n'éclaire la question de savoir si cet effet préjudiciable "dénote une discrimination". En outre, le Mexique n'allègue pas, et prouve encore moins, que ces aspects, considérés séparément, ont un effet préjudiciable sur les exportations des produits du thon mexicains à destination des États-Unis.

8. Le Mexique fait cependant valoir quelque chose de différent. Il allègue que le fait que ses concurrents opérant à l'extérieur de l'ETP n'ont pas à se conformer à des prescriptions équivalentes à celles l'AIDCP signifie que ces concurrents ont plus que les producteurs mexicains la possibilité de commercialiser illicitement comme étant *Dolphin Safe* des produits du thon qui ne sont pas sans risque pour les dauphins. À son avis, cette possibilité plus grande de tromper les consommateurs des États-Unis 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". Mais le Mexique n'avance *aucun* élément de preuve à l'appui de son allégation. En particulier, il n'y a aucun élément de preuve indiquant que des produits du thon non-*Dolphin Safe* produits à l'extérieur de l'ETP soient commercialisés illicitement aux États-Unis comme étant *Dolphin Safe*. Le Mexique n'a pas non plus 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.

II. LES ALLÉGATIONS DU MEXIQUE AU TITRE DES ARTICLES I:1 ET III:4 DU GATT DE 1994 SONT SANS FONDEMENT

9. Le Mexique n'établit pas non plus que la mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* est incompatible avec les articles I:1 ou III:4 du GATT de 1994. Selon la théorie du Mexique, il est simplement sans pertinence de savoir si la norme est entièrement légitime – ou, d'ailleurs, entièrement illégitime –, le résultat est le même. Compte tenu de l'immense diversité des méthodes de production, des normes en matière d'environnement, de santé et de travail, etc., qui existent dans l'ensemble des Membres de l'OMC, il semble difficile de croire qu'un *quelconque* règlement technique pourrait survivre à un tel critère. Il se trouvera sûrement toujours au moins un Membre dont les producteurs ne satisfont pas à une norme étrangère, par exemple pour la peinture au plomb ou les produits biologiques. Il est indéniable qu'une telle théorie juridique porte atteinte à un large éventail de réglementations légitimes et compromet gravement la capacité des Membres de réglementer dans l'intérêt public.

10. Les avantages constitués par l'accès à l'"avantage" du label *Dolphin Safe* sont, sous réserve des prescriptions de neutralité quant à l'origine, "immédiatement et sans condition", étendus à tous les Membres, y compris le Mexique, comme l'exige l'article I:1. Et les produits du thon mexicains ne sont pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits des États-Unis, comme l'exige l'article III:4.

11. Le Mexique a aussi tout simplement tort d'alléguer que cette "action unilatérale" fait intentionnellement pression sur le Mexique afin qu'il modifie ses pratiques en recourant à la mesure modifiée. Une telle allégation *contredit directement* les constatations du Groupe spécial initial. En outre, l'argument du Mexique suppose que le régime d'étiquetage de l'AIDCP est suffisant pour réaliser l'objectif de la mesure au niveau de protection choisi par les États-Unis. Mais l'Organe d'appel a déjà constaté que le label de l'AIDCP ne permettait pas d'obtenir le niveau de protection choisi par les États-Unis. Le Mexique affirme que les États-Unis doivent accepter le label de l'AIDCP comme étant suffisant pour protéger les dauphins, mais il ne donne aucune raison pour laquelle cela devrait être le cas et l'argument contredit le principe selon lequel les Membres peuvent choisir leur propre niveau de protection.

III. LA MESURE MODIFIÉE EN MATIÈRE D'ÉTIQUETAGE *DOLPHIN SAFE* EST JUSTIFIÉE AU TITRE DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994

12. En tout état de cause, la mesure modifiée est justifiée au regard de l'article XX et n'est donc pas incompatible avec le GATT de 1994. L'Organe d'appel dans les affaires *CE – Produits dérivés du phoque, États-Unis – Essence* et d'autres différends a indiqué clairement que l'examen au titre de l'article XX serait centré sur les aspects d'une mesure qui donnent lieu à une constatation d'incompatibilité avec le GATT de 1994. Ainsi qu'il a déjà été noté, le Mexique ne conteste qu'une seule condition d'admissibilité – l'absence d'encerclement des dauphins – comme étant

incompatible avec le GATT. En conséquence, ce serait le seul aspect de la mesure qui pourrait être pertinent pour l'analyse effectuée par le Groupe spécial au titre des alinéas de l'article XX.

A. La mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* satisfait aux conditions de l'article XX b) et XX g)

13. La mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* satisfait aux deux volets du critère de l'article XX b), à savoir: son objectif relève du champ d'application, qui est "la protection de la santé et de la vie ... des animaux", et elle est "nécessaire" à l'accomplissement de cet objectif. Le Groupe spécial initial a déjà constaté, et l'Organe d'appel a confirmé, que "contribuer à la protection des dauphins, en faisant en sorte que le marché des États-Unis ne soit pas utilisé pour encourager les flottilles de pêche à capturer le thon d'une manière qui [avait] des effets nuisibles sur les dauphins" était un objectif de la mesure initiale. Les efforts du Mexique pour minimiser l'objectif de "protection des dauphins" recherché par la mesure modifiée ne peuvent pas être admis. Les recommandations et décisions de l'ORD sont claires – la mesure "[est] lié[e] à de véritables préoccupations en ce qui concerne la protection de la vie ou de la santé des dauphins" et est destinée à protéger la vie ou la santé des animaux ou l'environnement.

14. De la même façon, les recommandations et décisions fournissent au Groupe spécial une voie claire pour procéder à son examen de la question de savoir si la mesure modifiée est "nécessaire" à la protection de la santé et de la vie des dauphins. L'Organe d'appel, s'appuyant sur les constatations du Groupe spécial initial, a constaté que la mesure "[prenait] pleinement en compte les effets nuisibles résultant pour les dauphins de leur encerclement" à la fois à l'intérieur et à l'extérieur de l'ETP. Cette condition d'admissibilité reste inchangée – elle repose toujours sur les déclarations des capitaines – et elle est toujours valable. Lorsque l'Organe d'appel a formulé une critique, celle-ci concernait l'autre condition qui, à son avis, ne prenait pas pleinement en compte "la mortalité ... découlant des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins pratiquées à l'extérieur de l'ETP". Le règlement final de 2013 corrige cela et, en tant que tel, la mesure modifiée apporte une contribution encore plus importante à l'objectif de protection des dauphins que ne le faisait la mesure initiale.

15. Enfin, les recommandations et décisions de l'ORD établissent clairement qu'aucune des deux mesures de rechange du Mexique ne prouve que la mesure modifiée n'est pas "nécessaire". Cela ne saurait être plus clair que s'agissant de la deuxième mesure de rechange du Mexique, qui est identique à la mesure de rechange que l'Organe d'appel a déjà rejetée aux fins de l'article 2.2 car elle permettrait que plus de thon "pêché dans des conditions ayant des effets nuisibles sur les dauphins", c'est-à-dire de thon capturé par encerclement des dauphins, soit étiqueté *Dolphin Safe*. Le Groupe spécial devrait suivre les recommandations et décisions de l'ORD et rejeter la deuxième mesure de rechange du Mexique.

16. De la même façon, le Groupe spécial devrait rejeter la première mesure de rechange du Mexique, qui souffre d'un certain nombre de défauts. De fait, elle est si vague que les États-Unis ne comprennent même pas ce que le Mexique propose effectivement pour ce qui est de savoir en quoi consisteraient les programmes, combien coûterait leur mise en œuvre et qui paierait pour cela. En outre, la proposition n'est pas moins incompatible avec les règles de l'OMC (selon la théorie du Mexique), pas moins restrictive pour le commerce et n'est pas raisonnablement disponible. La première proposition du Mexique n'accomplit absolument pas sa fonction déclarée.

17. La mesure modifiée est aussi justifiée au regard du critère de l'article XX g). Comme les recommandations et décisions de l'ORD le reconnaissent déjà, la mesure initiale cherchait à atteindre l'objectif de "protection des dauphins" et, en fait, contribuait à cet objectif, et les recommandations et décisions s'appliquent également dans le contexte de l'article XX g) rapporté à l'article XX b). Il est clair aussi que la mesure initiale contribuait à cet objectif et que la mesure modifiée apporte une contribution encore plus grande – une contribution qui satisfait aisément à l'élément "se rapportant à" du critère d'une "relation étroite et véritable entre la fin et les moyens". En outre, ces conditions d'admissibilité ne sont pas seulement comparables – elles sont de fait *identiques* – pour tous les produits nationaux et importés.

B. La mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* est appliquée d'une manière compatible avec le texte introductif de l'article XX

18. Enfin, la mesure modifiée satisfait au critère du texte introductif de l'article XX. Premièrement, elle n'est pas *du tout* appliquée d'une manière qui donne lieu à une "discrimination" au regard du texte introductif, parce qu'elle n'établit aucune distinction "entre les pays où les mêmes conditions existent". La condition d'admissibilité relative à l'encerclement des dauphins est complètement neutre au regard de la nationalité: tous les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins sont inadmissibles au bénéfice du label. Il n'y a aucune exception pour des produits de Membres particuliers, et le Mexique n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que la mesure était appliquée de manière discriminatoire.

19. Même si l'on devait considérer que les "conditions" pertinentes sont les choix opérés par une flottille de pêche au thon d'un pays, il n'y a là aucune discrimination arbitraire ou injustifiable. Le dommage que représentent différentes méthodes de pêche pour les dauphins est au centre de l'objectif de la mesure modifiée et est donc clairement "pertinent" aux fins du texte introductif. Les États-Unis ont démontré que l'encerclement des dauphins était *exceptionnellement* dangereux pour les dauphins, eu égard aux dommages observés et non observés. En conséquence, les conditions existant dans les pays dont les navires pratiquent régulièrement l'encerclement des dauphins ne sont *pas les mêmes* aux fins du texte introductif que les conditions existant dans les pays dont les navires emploient d'autres méthodes de pêche au thon.

20. Le Mexique fait valoir aussi que la mesure modifiée établit des distinctions concernant l'enregistrement des données et les certifications par des observateurs qui la rendent incompatible avec le texte introductif. Cet argument est également sans fondement. Il est tout d'abord dénué de pertinence. Comme le Mexique l'admet lui-même, les circonstances qui sont supposées donner lieu à la discrimination au regard du texte introductif sont les mêmes que celles qui donnaient lieu à l'incompatibilité déclarée au titre du GATT, c'est-à-dire la condition d'admissibilité relative à l'encerclement des dauphins. Toutefois, même si la différence entre ce dont les parties à l'AIDCP sont convenues et ce dont les autres Membres sont convenus à l'extérieur de l'ETP était pertinente, il n'y a aucune relation véritable entre ces éléments et un supposé désavantage pour les produits du thon mexicains, puisque les prescriptions additionnelles de la mesure modifiée applicables à l'ETP découlent entièrement de l'AIDCP. Bien entendu, ces différences ne sont pas observées entre des pays où les conditions pertinentes sont "les mêmes". Les parties à l'AIDCP sont convenues de s'imposer elles-mêmes des prescriptions *uniques* en raison du dommage catastrophique que leurs navires avaient causé aux dauphins dans l'ETP depuis les années 1950. Il ne devrait donc pas être surprenant que les membres d'organismes régionaux de gestion des pêcheries n'aient pas pris le même engagement pour d'autres pêcheries.

21. En outre, même si l'existence d'une discrimination au regard du texte introductif était constatée, toute discrimination n'est pas arbitraire ou injustifiable parce que les distinctions établies par la mesure modifiée sont "compatibles avec" et, de fait, "se rapportent à" l'objectif de la mesure couverte par l'article XX, à savoir la protection des dauphins.

22. Le critère d'admissibilité relatif à l'encerclement des dauphins se rapporte directement à la protection des dauphins. Les éléments de preuve montrent que l'encerclement des dauphins est largement plus dangereux pour les dauphins que les autres méthodes de pêche au thon. Et c'est la *seule* méthode de pêche qui cible intentionnellement les dauphins et donc la *seule* méthode de pêche où les risques pour les dauphins font *intrinsèquement* partie des opérations de pêche. De fait, il n'apparaît même pas que le Mexique conteste que l'interdiction d'apposer le label *Dolphin Safe* sur les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins se rapporte à la protection des dauphins.

23. Dans la mesure où les prescriptions concernant l'enregistrement des données et les observateurs sont pertinentes pour l'analyse au titre de l'article XX (et nous ne pensons pas qu'elles le soient), les distinctions établies par la mesure modifiée ne sont pas "arbitraires et injustifiables". Comme l'ORD l'a constaté dans la procédure initiale, les certifications établies par le capitaine contribuent *effectivement* à la protection des dauphins. Le fait que les parties à l'AIDCP aient choisi de s'imposer elles-mêmes des prescriptions *additionnelles* concernant l'enregistrement des données et les observateurs, eu égard au dommage unique causé aux dauphins dans l'ETP, ne signifie pas que l'utilisation de longue date des déclarations des capitaines est illégitime.

24. La mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* impose des conditions d'admissibilité qui se rapportent manifestement à son objectif. Une condition se rapporte à la mortalité des dauphins et aux blessures graves causées aux dauphins, et une autre aux méthodes de pêche qui, sur la base de toutes les preuves scientifiques disponibles, ne sont *pas* sans risque pour les dauphins. Toutes les autres méthodes de pêche au thon sont potentiellement admissibles au bénéfice du label (à l'exception de la pêche aux filets dérivants pratiquée en haute mer à grande échelle) et, à la différence de la situation concernant la mesure initiale dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, les conserveries et les armateurs individuels peuvent faire en sorte que leurs produits soient admissibles au bénéfice du label sur la base de leurs propres choix en matière d'achat et de pêche.

25. Le dernier argument du Mexique est que les États-Unis ont établi une discrimination de manière arbitraire en n'agissant pas par l'intermédiaire de l'AIDCP pour "traiter leur préoccupations restantes" au sujet de la protection des dauphins. Il semble que cela soit une tentative pour établir une analogie entre le présent différend et la procédure initiale dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* et, en tant que telle, elle est totalement dénuée de fondement. Premièrement, rien dans les accords visés n'exige des Membres qu'ils adoptent le niveau de protection contenu dans tout accord international pertinent. Deuxièmement, il n'y a pas dans la mesure en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*, comme il y avait dans la mesure *États-Unis – Crevettes*, une injonction d'engager des négociations multilatérales. Troisièmement, quand il y en aurait une, les États-Unis négocient effectivement cette question avec le Mexique et les autres membres de la CITT, dans le cadre du processus de l'AIDCP, depuis des décennies.

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

ANNEXE C-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'AUSTRALIE
EN TANT QUE TIERCE PARTIE****A. CADRE JURIDIQUE POUR LA JUSTIFICATION PROVISOIRE D'UNE MESURE AU
TITRE DE L'ALINÉA B) DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994**

1. L'Australie rappelle les indications de l'Organe d'appel selon lesquelles un Membre souhaitant justifier provisoirement sa mesure au titre de l'alinéa b) de l'article XX doit démontrer i) qu'il a adopté ou appliqué une mesure afin d'accomplir l'objectif spécifié dans cet alinéa; et ii) que la mesure est "nécessaire" à la réalisation de cet objectif.¹

2. Afin de déterminer si une mesure contestée a été adoptée pour accomplir l'objectif pertinent, un groupe spécial devrait examiner si la mesure contestée "traite l'intérêt particulier spécifié dans ce paragraphe" et s'il existe "un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé".²

3. Afin de déterminer si une mesure contestée est "nécessaire" à l'accomplissement de son objectif, un groupe spécial devrait "soupeser et mettre en balance" une série de facteurs, "y compris l'importance de l'objectif, la contribution de la mesure à cet objectif, et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure".³ En outre, l'Organe d'appel a expliqué que "dans la plupart des cas, il faudrait donc procéder à une comparaison entre la mesure contestée et les solutions de rechange possibles".⁴

**B. QUESTION DE SAVOIR SI LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON A ÉTÉ
ADOPTÉE "[POUR] PROTÉGER LA SANTÉ ET LA VIE DES ANIMAUX"**

4. L'Australie note que les déclarations du Mexique concernant la justification de la mesure modifiée concernant le thon alléguée par les États-Unis au titre de l'article XX b) donnent à penser que le Mexique estime qu'une évaluation de la *contribution* de cette mesure à ses objectifs est pertinente pour la question de savoir si ladite mesure "entre dans la catégorie des politiques destinées à atteindre l'objectif visé". Par exemple, le Mexique indique que "[l]a mesure modifiée concernant le thon ne *réalise pas les objectifs* qu'elle prétend viser et, par conséquent, ne protège pas la santé et la vie des animaux au sens de l'article XX b) du GATT de 1994".⁵

5. L'Australie est d'accord avec l'allégation des États-Unis selon laquelle "l'accent mis par le Mexique sur la contribution de la mesure fusionne indûment les questions *distinctes* de savoir si l'objectif pertinent relève du champ d'application de l'alinéa b) et si la mesure contestée est "nécessaire" à la protection de la santé et de la vie des animaux. Alors que la question du niveau de la contribution de la mesure à son objectif est pertinente pour la deuxième question, *elle ne l'est pas pour la première*, qui est de savoir si la mesure en cause "traite l'intérêt particulier spécifié indiqué dans [le] paragraphe".⁶

6. L'Australie estime que le Mexique aurait pu, lorsqu'il s'est posé la question de savoir si la mesure modifiée concernant le thon relevait du champ d'application de l'article XX b), contester

¹ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169, citant les rapports de l'Organe d'appel États-Unis – *Essence*, page 24; États-Unis – *Crevettes*, paragraphes 119 et 120; et États-Unis – *Jeux*, paragraphe 292 (notes de bas de page omises).

² Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169, citant les rapports de l'Organe d'appel États-Unis – *Essence*, page 24; États-Unis – *Crevettes*, paragraphes 119 et 120; et États-Unis – *Jeux*, paragraphe 292 (notes de bas de page omises).

³ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169, citant les rapports de l'Organe d'appel Corée – *Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 164; États-Unis – *Jeux*, paragraphe 306; et Brésil – *Pneumatiques rechapés*, paragraphe 182 (notes de bas de page omises).

⁴ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169, citant le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – *Jeux*, paragraphe 307.

⁵ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 252. (pas d'italique dans l'original)

⁶ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 157. (pas d'italique dans l'original)

que la "conception et la structure" de cette mesure indiquent que l'objectif de politique visé par celle-ci était la protection de la santé et de la vie des animaux.⁷

7. L'Australie note cependant qu'il s'agit d'une question séparée et distincte de celle de la *contribution* apportée par la mesure à ses objectifs (c'est-à-dire la question de savoir si la mesure "réalise" les objectifs qu'elle prétend viser).

C. QUESTION DE SAVOIR SI LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON EST "NÉCESSAIRE" À LA RÉALISATION DE SON OBJECTIF

1. Arguments du Mexique concernant le caractère restrictif pour le commerce de la mesure modifiée concernant le thon

8. L'Australie note qu'il apparaît que le Mexique fait valoir que la mesure modifiée concernant le thon est restrictive pour le commerce, en partie parce que "la mesure modifiée concernant le thon, comme la mesure initiale, *ne réalise pas les deux objectifs* qu'elle prétend viser, puisque les consommateurs ne peuvent pas distinguer avec précision le thon *Dolphin Safe* du thon non-*Dolphin Safe*".⁸

9. De l'avis de l'Australie, cette approche amalgame indûment la *contribution* de la mesure modifiée concernant le thon à ses objectifs et une évaluation du *caractère restrictif pour le commerce* de la mesure. L'Australie fait observer que, conformément aux indications de l'Organe d'appel, la contribution apportée par cette mesure et le caractère restrictif pour le commerce de ladite mesure devraient être examinés par le Groupe spécial comme étant deux facteurs *distincts*. Le Groupe spécial devrait alors examiner l'interaction de ces facteurs⁹, ainsi que l'importance des intérêts et des valeurs en jeu, et de tous autres facteurs pertinents, dans le cadre d'un "exercice holistique de soupesage et de mise en balance" afin de déterminer si la mesure modifiée concernant le thon est "nécessaire" à la réalisation de son objectif au titre de l'article XX b).¹⁰

2. Interprétations divergentes données par les parties du caractère restrictif pour le commerce aux fins d'évaluer la "nécessité" de la mesure modifiée concernant le thon

10. Comme il est indiqué plus haut, le caractère restrictif pour le commerce est un facteur qui doit être examiné par un groupe spécial dans le cadre de l'exercice de "souplesage et de mise en balance" afin de déterminer la "nécessité" d'une mesure au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.¹¹ L'Australie relève l'observation des États-Unis selon laquelle "les parties ont des vues nettement divergentes quant au sens de l'expression "caractère restrictif pour le commerce"". ¹²

11. L'Australie rappelle que l'Organe d'appel a décrit ce facteur comme étant "l'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international".¹³ Par ailleurs, dans le contexte de l'article XI:2 a) du GATT de 1994, l'Organe d'appel a noté que le terme "restriction" "[était] défini comme désignant "... une chose qui [restreignait] quelqu'un ou quelque chose, une limitation

⁷ Rapport du Groupe spécial *CE – Préférences tarifaires*, paragraphes 7.201 et 7.202.

⁸ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 272, s'agissant du caractère restrictif pour le commerce.

⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.215.

¹⁰ Par exemple, l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* (paragraphe 163) a indiqué ce qui suit: "[u]ne mesure qui a une incidence relativement faible sur les produits importés pourra plus facilement être considérée comme "nécessaire" qu'une mesure qui a des effets restrictifs profonds ou plus larges". L'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* (paragraphe 5.215) a indiqué que: "le régime de l'UE applicable aux produits dérivés du phoque, même s'il avait un caractère très restrictif, pouvait quand même être considéré comme "nécessaire" au sens de l'article XX a), en fonction du résultat de l'exercice de soupesage et de mise en balance dans les circonstances spécifiques de l'affaire et à la lumière de la mesure particulière en cause".

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169, citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 24; *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 119 et 120; et *États-Unis – Jeux*, paragraphe 292.

¹² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 164.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 143, citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 306 et *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 163. Voir aussi *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 163 (indiquant que, pour ce qui est d'une mesure incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994, c'est la mesure suivant laquelle la mesure a "des effets restrictifs sur les produits importés" qui devrait être examinée).

d'action, une condition ou une réglementation limitative[)", et [faisait] donc référence, généralement, à *quelque chose qui* [avait] un effet limitatif".¹⁴ Enfin, en examinant le sens du caractère restrictif pour le commerce dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'Organe d'appel a constaté que, utilisé conjointement avec le mot "commerce", "le terme "restriction" désign[ait] "quelque chose ayant un effet limitatif sur le commerce"". ¹⁵

12. L'Australie pense comme les États-Unis que, dans la mesure où le Mexique fait valoir que la mesure modifiée concernant le thon est restrictive pour le commerce pour la simple raison qu'elle est *discriminatoire* (à savoir qu'une mesure de rechange qui réduit "la discrimination *de facto* à l'égard des produits du thon mexicains ... serait *par conséquent moins restrictive pour le commerce*")¹⁶, cela introduirait un critère juridique incorrect pour l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce d'une mesure.

13. Spécifiquement, l'Australie estime qu'une constatation de *discrimination* (par exemple, au titre de l'article III:4 ou de l'article I:1 du GATT de 1994) n'est pas en soi déterminante pour la question du *caractère restrictif pour le commerce* d'une mesure.¹⁷ Ainsi, aux fins de l'analyse de la "nécessité" au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, il n'est pas suffisant de montrer que la mesure modifiée concernant le thon modifie les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains importés sur le marché des États-Unis; de fait, il faut que la mesure ait aussi "un effet limitatif sur le commerce".¹⁸

14. En outre, l'Australie rappelle que l'interprétation des critères juridiques énoncés dans les dispositions spécifiques du GATT de 1994 et des accords visés doit être "fondée sur le texte de ces dispositions, considérées dans leur contexte, et compte tenu de l'objet et du but des accords dans lesquels ils apparaissent".¹⁹ Par conséquent, dans les cas où il est constaté qu'une mesure est incompatible avec l'une des dispositions en matière de non-discrimination du GATT de 1994 (telles que l'article III:4 ou l'article I:1), il ne serait pas approprié qu'un groupe spécial transpose simplement sa constatation d'incompatibilité avec ces obligations dans l'examen du caractère restrictif pour le commerce d'une mesure au titre de l'article XX du GATT de 1994.

15. Toutefois, l'Australie ne donne pas à entendre que les faits et circonstances qui entraînent une constatation de discrimination par un groupe spécial dans un cas particulier (c'est-à-dire la base permettant de constater que la mesure en cause a une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les produits importés) sont *dénués de pertinence* pour l'analyse du caractère restrictif pour le commerce au titre de l'article XX.²⁰

16. De fait, l'Australie note que des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté qu'un éventail de facteurs étaient pertinents pour l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce d'une mesure, en fonction des circonstances de l'affaire, y compris la nature de la mesure en cause et l'incompatibilité alléguée avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC, les arguments avancés par les parties, et la nature, la qualité et la quantité des éléments de preuve

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 319 (pas d'italique dans l'original); cité dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319.

¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319. L'Australie note que, alors que le terme "restriction" figurant dans l'article XI ne figure pas dans l'article 2.2, l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* s'est appuyé sur son interprétation du terme "restriction" dans le contexte de l'article XI:2 a) pour définir "le caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC comme étant "quelque chose ayant un effet limitatif sur le commerce".

¹⁶ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 281.

¹⁷ L'Australie estime que le même argument s'appliquerait à une constatation de discrimination au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et à l'analyse séparée et distincte du caractère restrictif pour le commerce d'une mesure au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

¹⁸ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 165.

¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.129.

²⁰ À cette fin, l'Australie note les observations faites par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO* selon lesquelles "[b]ien que le Groupe spécial ait été d'avis que la non-conformité d'un règlement technique avec l'article 2.1 n'[était] pas une question en soi pour ce qui est de la conformité de ce règlement technique avec l'article 2.2 en général, ou de l'élément "restrictif pour le commerce" en particulier, il s'est néanmoins appuyé sur les constatations qu'il avait formulées dans son analyse au titre de l'article 2.1 pour constater que la mesure EPO était restrictive pour le commerce au sens de l'article 2.2". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, note de bas de page 756 relative au paragraphe 381.

disponibles.²¹ Autrement dit, les contours précis du caractère restrictif pour le commerce pourront varier dans une affaire donnée et dépendront en grande partie de la nature de la mesure spécifique en cause et des allégations spécifiques d'incompatibilité avec les obligations dans le cadre de l'OMC.

17. L'Australie affirme donc que l'analyse du caractère restrictif pour le commerce de la mesure modifiée concernant le thon que fait le Groupe spécial dans le contexte de son exercice de soupesage et de mise en balance au titre de l'article XX b) devrait être centrée sur la question de savoir si cette mesure a "un effet limitatif sur le commerce" ou, en d'autres termes, sur l'"incidence restrictive de la mesure sur le commerce international".

18. Dans les circonstances spécifiques de l'affaire (y compris l'incompatibilité alléguée de la mesure modifiée concernant le thon avec l'article III:4 et l'article I:1 du GATT de 1994), l'effet de cette mesure sur les possibilités de concurrence offertes aux produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis peut être pertinent pour cette analyse.

²¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphe 7.270 (notant que l'expression "condition qui limite" indique qu'il faut mettre en évidence "une condition qui limite, c'est-à-dire qui a un effet limitatif" et que "[d]ans le contexte de l'article XI, cet effet limitatif doit s'exercer *sur l'importation elle-même*") (pas d'italique dans l'original); le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 163 (faisant référence à "la mesure suivant laquelle la mesure d'application a *des effets restrictifs sur le commerce international*, c'est-à-dire, pour ce qui est d'une mesure incompatible avec l'article III:4, des effets restrictifs *sur les produits importés*") (pas d'italique dans l'original); le rapport de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 300 (notant que le Groupe spécial, dans une constatation confirmée par l'Organe d'appel, a pris en considération l'"incidence restrictive des mesures en cause sur les *importations* des produits pertinents" et sur "*ceux qui veulent se livrer à l'importation*, en particulier sur leur droit de commercer") (pas d'italique dans l'original); le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 150 (faisant référence à "des effets restrictifs [sur le commerce international] aussi graves que ceux qui résultent d'une interdiction d'importer"); le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 477 et 479 (notant que les constatations du Groupe spécial "laissent entendre qu'il a considéré que la mesure avait un *degré de caractère restrictif pour le commerce considérable* dans la mesure où elle avait un *effet limitatif sur les possibilités de concurrence* pour le bétail importé par rapport à la situation qui existait avant l'adoption de la mesure EPO" et concluant que "[g]lobalement, à notre avis, les constatations de fait du Groupe spécial donnent à penser que la mesure EPO ... a un *degré de caractère restrictif pour le commerce considérable*") (pas d'italique dans l'original); le rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.236 (notant que "des groupes spéciaux ont également considéré si une mesure rendait une restriction effective en évaluant l'*incidence* de la mesure *sur les possibilités de concurrence* offertes aux produits importés"). (pas d'italique dans l'original)

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****A. QUESTION DE SAVOIR SI LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON A ÉTÉ
ADOPTÉE "[POUR] PROTÉGER LA VIE OU LA SANTÉ DES ANIMAUX"**

1. L'Australie rappelle les indications de l'Organe d'appel selon lesquelles un Membre qui veut justifier sa mesure au regard de l'alinéa b) de l'article XX doit démontrer, d'abord, qu'il a adopté ou appliqué une mesure pour accomplir l'objectif spécifié dans cet alinéa et, ensuite, que la mesure est "nécessaire" à la réalisation de cet objectif.¹

2. L'Australie note que la question de savoir si une mesure contestée a été adoptée pour accomplir un objectif pertinent constitue une analyse séparée et distincte de la question de savoir si la mesure est "nécessaire" à la réalisation de cet objectif.

3. Pour déterminer si la mesure relève du champ d'application de l'article XX b), l'Australie estime que, dans une première étape, le Groupe spécial devrait examiner si la mesure modifiée concernant le thon "traite l'intérêt particulier spécifié dans le paragraphe" et s'il existe "un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé".²

4. L'Australie estime qu'il serait loisible au Groupe spécial, pour analyser si la mesure modifiée concernant le thon relève du champ de l'article XX b), d'examiner si sa "conception et [sa] structure" indiquent que l'objectif de politique visé par la mesure était la protection de la vie ou de la santé des animaux.³

5. S'agissant de la justification au titre de l'article XX b) qui est alléguée par les États-Unis pour la mesure modifiée concernant le thon, le Mexique donne à penser dans sa communication écrite qu'il estime qu'une évaluation de la contribution apportée par cette mesure à son objectif est pertinente pour la question de savoir si ladite mesure "entre dans la catégorie des politiques destinées à atteindre l'objectif visé".⁴

6. Toutefois, l'Australie pense comme les États-Unis qu'une évaluation de la contribution apportée par la mesure modifiée concernant le thon à son objectif est pertinente seulement pour la question de savoir si la mesure est "nécessaire" à la réalisation de cet objectif. Elle n'est pas pertinente pour la première question qui est de savoir si une mesure contestée a été adoptée pour accomplir un objectif particulier.

**B. QUESTION DE SAVOIR SI LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON EST
"NÉCESSAIRE" À LA RÉALISATION DE SON OBJECTIF**

7. L'Australie rappelle les indications de l'Organe d'appel selon lesquelles "... une analyse de la nécessité suppose de "soupeser et mettre en balance" une série de facteurs, y compris l'importance de l'objectif, la contribution de la mesure à cet objectif et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure".⁵

¹ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169, citant les rapports de l'Organe d'appel États-Unis – *Essence*, page 24; États-Unis – *Crevettes*, paragraphes 119 et 120; et États-Unis – *Jeux*, paragraphe 292 (notes de bas de page omises).

² Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169, citant les rapports de l'Organe d'appel États-Unis – *Essence*, page 24; États-Unis – *Crevettes*, paragraphes 119 et 120; et États-Unis – *Jeux*, paragraphe 292 (notes de bas de page omises).

³ Rapport du Groupe spécial CE – *Préférences tarifaires*, paragraphes 7.201 et 7.202.

⁴ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 252.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel Chine – *Publications et produits audiovisuels*, paragraphes 239 à 242.

8. L'Australie affirme que, conformément aux indications données par l'Organe d'appel, la contribution apportée par la mesure modifiée concernant le thon et le caractère restrictif pour le commerce de cette mesure devraient être examinés par le Groupe spécial comme étant deux facteurs *distincts*. Le Groupe spécial devrait ensuite examiner l'interaction de ces facteurs, conjointement avec l'importance des intérêts et des valeurs en jeu, et de tous autres facteurs pertinents, dans le cadre d'un "exercice holistique de soupesage et de mise en balance", afin de déterminer si la mesure est "nécessaire" à la réalisation de ses objectifs au titre de l'article XX b).⁶ L'Australie affirme en outre que l'analyse par le Groupe spécial du caractère restrictif pour le commerce de la mesure modifiée concernant le thon devrait être centrée sur la question de savoir si cette mesure a un "effet limitatif sur le commerce". Autrement dit, l'analyse du Groupe spécial devrait être centrée sur l'"incidence restrictive de la mesure sur le commerce international".⁷

9. L'Australie considère qu'une constatation de discrimination n'est pas en soi déterminante pour la question du caractère restrictif pour le commerce d'une mesure. En outre, il ne serait pas approprié de transposer simplement une constatation d'incompatibilité avec les obligations découlant d'une autre disposition du GATT à l'examen du caractère restrictif pour le commerce d'une mesure au titre de l'article XX.

10. Toutefois, l'Australie ne donne pas à entendre que les faits et circonstances qui étayaient une constatation de discrimination sont dénués de pertinence pour la question du caractère restrictif pour le commerce. De fait, elle note que les contours précis du caractère restrictif pour le commerce pourront varier dans une affaire donnée et dépendront en grande partie de la nature de la mesure spécifique en cause et des allégations spécifiques d'incompatibilité avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC.

11. En l'espèce, l'effet de la mesure modifiée concernant le thon sur les possibilités de concurrence offertes aux produits du thon mexicains peut être pertinent pour l'analyse par le Groupe spécial du caractère restrictif pour le commerce de la mesure.

C. CHARGE DE LA PREUVE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

12. De l'avis de l'Australie, les déclarations de l'Organe d'appel figurant au paragraphe 216 du différend *États-Unis – Thon* et au paragraphe 272 du différend *États-Unis – EPO* indiquent que le plaignant doit faire plus que montrer que le règlement technique en cause a un effet préjudiciable sur les importations pour s'acquitter de la charge qui lui incombe d'établir *prima facie* qu'il y a traitement moins favorable au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Cela est compatible avec la précision antérieure de l'Organe d'appel selon laquelle les cas d'effet préjudiciable sur les produits importés n'équivalent pas tous au traitement moins favorable des importations qui est prohibé à l'article 2.1⁸; et l'existence d'un effet préjudiciable sur les importations n'est donc pas déterminante pour l'existence d'un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1.⁹

13. De fait, comme cela est expliqué dans les déclarations de l'Organe d'appel, le plaignant assume aussi la charge de fournir des éléments de preuve et arguments montrant que la mesure est conçue et/ou appliquée d'une manière qui n'est pas impartiale (par exemple, de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable), de sorte que l'effet préjudiciable sur les importations dénote une discrimination, prohibée à l'article 2.1.¹⁰ Alors que de tels éléments de preuve et arguments pourraient donner à penser que l'effet préjudiciable sur les importations ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, le plaignant n'est pas tenu de prouver spécifiquement le contraire.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.165.

⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 143, citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 306 et *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 163; et le rapport de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 319, cité dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319.

⁸ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 180 à 182.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

14. De l'avis de l'Australie, un plaignant s'acquitte de la charge qui lui incombe d'établir *prima facie* l'existence d'un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1 une fois qu'il a fourni des éléments de preuve et arguments montrant qu'une mesure avait un effet préjudiciable sur les importations et que la mesure était conçue et/ou appliquée d'une manière qui n'était pas impartiale. Après cela, la charge se déplace vers le défendeur, qui doit montrer que l'effet préjudiciable sur les produits importés découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

ANNEXE C-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU CANADA EN TANT QUE TIERCE PARTIE****I. INTRODUCTION**

1. Dans sa communication en tant que tierce partie, le Canada examine trois questions juridiques systémiques fondamentales: la portée de l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC; le critère juridique permettant de déterminer la légitimité de la distinction réglementaire au titre de l'article 2.1; et la relation entre les critères juridiques concernant le traitement moins favorable à l'article 2.1 de l'Accord OTC et à l'article III:4 du GATT de 1994.

II. UN GROUPE SPÉCIAL DOIT PRENDRE EN CONSIDÉRATION LES PRINCIPES DE BASE GÉNÉRAUX DE LA MESURE POUR DÉTERMINER SI L'EFFET PRÉJUDICIABLE DÉCOULE EXCLUSIVEMENT D'UNE DISTINCTION RÉGLEMENTAIRE LÉGITIME

2. L'Organe d'appel a clairement indiqué que, pour évaluer si une distinction réglementaire était impartiale au titre de l'article 2.1, un groupe spécial devait "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".

3. L'allégation des États-Unis selon laquelle l'analyse de la distinction réglementaire légitime doit se limiter *uniquement* à la distinction qui explique l'effet préjudiciable limite la portée de l'analyse d'une manière qui est incompatible avec la jurisprudence. Une approche aussi étroite compromettrait la capacité d'un groupe spécial à procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, ce qui est contraire à l'article 11 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

4. L'Organe d'appel a confirmé que, pour évaluer si un effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, un groupe spécial n'avait pas à examiner uniquement la distinction réglementaire qui expliquait l'effet préjudiciable sur les produits importés. En fait, un groupe spécial doit examiner les principes de base généraux du règlement technique, tel qu'il est conçu et appliqué. Par ailleurs, l'Organe d'appel a souligné que l'impartialité du règlement technique contesté dans son ensemble était un élément de l'analyse de la distinction réglementaire légitime.

5. D'autres éléments de la mesure peuvent être pertinents pour l'analyse de la question de savoir si la distinction réglementaire est impartiale. Bien que ces éléments ne soient peut-être pas directement liés à la distinction réglementaire qui cause l'effet préjudiciable, ils peuvent néanmoins contribuer à expliquer si l'effet préjudiciable dénote une discrimination, ce qui est contraire à l'article 2.1.

6. Chaque élément du règlement technique n'indiquera pas de manière probante si un effet préjudiciable dénote une discrimination. L'examen, par le Groupe spécial, de la pertinence d'un élément d'un règlement technique doit être effectué au cas par cas.

III. L'EXAMEN DE LA RAISON D'ÊTRE DE LA DISTINCTION RÉGLEMENTAIRE FAIT PARTIE INTÉGRANTE DE L'ANALYSE DE L'IMPARTIALITÉ

7. Dans sa première communication écrite, le Mexique a appliqué le triple critère exposé par le Groupe spécial dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*. Ce critère est incorrect puisqu'il prescrit, dans ses premier et deuxième éléments, d'examiner l'explication ou la justification des distinctions réglementaires indépendamment de la détermination du point de savoir si la distinction réglementaire est impartiale.

8. Pour examiner l'impartialité de la distinction réglementaire, un groupe spécial devrait 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 existe un lien rationnel entre la distinction réglementaire et cet objectif. Pour cela, le Groupe spécial doit examiner si la

distinction réglementaire est conçue ou appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable, de telle sorte qu'elle est dépourvue d'impartialité. La jurisprudence vient étayer le point de vue selon lequel la mesure dans laquelle il existe un lien rationnel ne devrait pas être examinée séparément de la détermination de l'impartialité de la distinction réglementaire. La présence ou l'absence d'une raison d'être qui explique ou justifie la distinction réglementaire à la lumière de l'objectif de politique générale identifié est un aspect fondamental quand il s'agit de déterminer si une distinction réglementaire est impartiale.

9. La jurisprudence interprétant l'expression "discrimination arbitraire ou injustifiable" qui figure dans le texte introductif de l'article XX peut éclairer l'interprétation de l'impartialité d'une mesure au titre de l'article 2.1. Cela est compatible avec la constatation de l'Organe d'appel, selon laquelle "il existe des parallèles importants entre les analyses" au titre de l'article 2.1 et au titre du texte introductif et selon laquelle l'équilibre prévu par l'Accord OTC tel qu'il est présenté dans le préambule n'est pas, en principe, différent de l'équilibre établi dans le GATT de 1994 entre l'obligation de non-discrimination énoncée aux articles I:1 et III:4 et les exceptions générales prévues à l'article XX.

10. Bien que l'Organe d'appel ait récemment reproché au Groupe spécial *États-Unis – Produits dérivés du phoque* d'avoir substitué au critère de l'article 2.1 concernant la distinction réglementaire légitime le critère énoncé dans le texte introductif de l'article XX, cela ne remet pas en cause la nécessité d'examiner, dans le cadre de l'analyse de l'impartialité au titre de l'article 2.1, si la distinction réglementaire est rationnellement liée à l'objectif du règlement technique.

IV. BIEN QUE LES CRITÈRES JURIDIQUES CONCERNANT L'OBLIGATION DE NON-DISCRIMINATION ÉNONCÉE À L'ARTICLE 2.1 ET À L'ARTICLE III:4 NE SOIENT PAS LES MÊMES, CELA NE "COMPROMET[]" ... [PAS] LA CAPACITÉ D'UN MEMBRE À RÉGLEMENTER DANS L'INTÉRÊT GÉNÉRAL"

11. Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a confirmé que le critère juridique concernant l'obligation de non-discrimination énoncée à l'article 2.1 de l'Accord OTC ne s'appliquait pas de manière égale aux allégations au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. Aux fins de l'analyse du "traitement moins favorable" au titre de l'article III:4, un groupe spécial n'est pas tenu 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.

A. Le GATT de 1994 protège le droit qu'a un Membre de réglementer

12. L'Organe d'appel a confirmé que, dans le cadre du GATT de 1994, le droit qu'a un Membre de réglementer était pris en compte par l'article XX; par conséquent, lorsqu'il analyse l'effet préjudiciable au titre des articles I:1 et III:4, un groupe spécial ne doit pas examiner en plus si cet effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

13. Selon les États-Unis, le critère juridique concernant l'obligation énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994 devrait inclure un examen de la "raison d'être fondamentale et [du] fonctionnement du critère"; s'il en était autrement, un Membre n'aurait pas la possibilité d'adopter des mesures qui établissent des distinctions réglementaires en vue de la réalisation d'objectifs légitimes de politique publique. Cela est tout simplement incorrect. L'argument des États-Unis ne tient pas compte d'autres dispositions du GATT de 1994 qui permettent à un Membre de "réglementer dans l'intérêt général", y compris l'article XX, qui énonce des exceptions générales aux obligations contractées par les Membres dans le domaine du commerce au titre de l'Accord.

B. Le GATT de 1994 n'empêche pas un Membre d'établir des distinctions réglementaires

14. Il apparaît que la suggestion des États-Unis, selon laquelle l'article III:4 devrait inclure un examen de "la raison d'être fondamentale et [du] fonctionnement du critère" en cause, inclut dans l'article III:4 un élément additionnel qui prend en considération les objectifs de politique générale de la mesure, comme le critère prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC concernant la distinction réglementaire légitime. De plus, cette suggestion ne reconnaît aucun effet juridique aux

dispositions de l'article XX du GATT de 1994, qui protège le droit qu'a un Membre de l'OMC de réglementer.

15. Les dispositions du GATT de 1994 reflètent un équilibre délicat entre les objectifs de libéralisation des échanges qui se traduisent, entre autres choses, par l'obligation de non-discrimination qui y est énoncée, et la protection du droit qu'ont les Membres de réglementer dans l'intérêt général, établie à l'article XX. En raison de la structure du GATT de 1994, l'analyse des objectifs de politique générale d'une mesure contestée, qui peuvent constituer la raison d'être de la discrimination entre produits similaires, doit être effectuée au regard de l'article XX.

1. Le Groupe spécial n'a pas compétence pour examiner tout déséquilibre perçu entre le droit qu'a un Membre de réglementer au titre du GATT de 1994 et celui qu'il a au titre de l'Accord OTC

16. Les États-Unis affirment que le champ des objectifs légitimes qui peuvent être invoqués au titre de l'article XX pour justifier une infraction au GATT de 1994 est plus étroit que le champ des objectifs légitimes qu'un Membre peut invoquer au titre des articles 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC, et que cela créerait des problèmes lorsqu'un Membre poursuit des objectifs qui ne sont pas mentionnés à l'article XX du GATT de 1994.

17. Les communications présentées par les États-Unis ne démontrent pas l'exactitude de leur affirmation. Toutefois, même s'il se trouvait que le champ des objectifs légitimes est plus étroit au titre de l'article XX, par rapport aux articles 2.1 ou 2.2 de l'Accord OTC, comme l'a souligné l'Organe d'appel, tout déséquilibre perçu dans les droits et obligations existant au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994, doit être examiné par les Membres de l'OMC dans le cadre de négociations.

ANNEXE C-4**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DU CANADA
À LA RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL****I. INTRODUCTION**

1. Dans sa déclaration orale en tant que tierce partie, le Canada a traité le critère correct à appliquer au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC en ce qui concerne l'élément "traitement moins favorable", la question de la relation entre cette disposition et l'article III:4 du GATT, et l'ordre d'analyse qui devrait être suivi au titre de l'article XX du GATT.

II. CRITÈRE POUR LE "TRAITEMENT MOINS FAVORABLE" AU TITRE DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

2. Le critère correct pour déterminer si un effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime est de savoir si la distinction réglementaire est impartiale. Il y a un certain nombre de facteurs qui peuvent démontrer l'impartialité ou l'absence d'impartialité.

3. Le Canada estime que l'Union européenne présente la législation d'une manière erronée lorsqu'elle donne à penser que toutes les distinctions réglementaires sont admissibles sous réserve qu'elles découlent exclusivement "de la recherche d'objectifs légitimes". C'est une condition nécessaire mais non suffisante pour la mesure dans son ensemble, y compris la distinction réglementaire, de rechercher un objectif légitime. Il est également nécessaire que la distinction réglementaire elle-même soit "légitime". Cette détermination repose non pas sur la question de savoir si l'objectif recherché est légitime, mais sur la question de savoir si la distinction réglementaire est "impartiale".

III. L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994 N'INCLUT PAS D'ÉLÉMENT DE DISTINCTION RÉGLEMENTAIRE LÉGITIME

4. Les constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* confirment que le critère juridique pour les obligations de non-discrimination énoncées dans l'article 2.1 de l'Accord OTC ne s'applique pas également aux allégations formulées au titre des articles I:1 et III:4 du GATT. Par conséquent, un groupe spécial n'est pas tenu, au titre de l'article III:4, de procéder à une analyse additionnelle de la question de savoir si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, ni d'examiner toute raison de politique que le Membre défendeur avance pour chercher à justifier le traitement discriminatoire.

5. Le Canada n'estime pas que la capacité d'un Membre de réglementer dans l'intérêt public serait affaiblie si un groupe spécial n'est pas tenu de prendre en considération la raison d'être fondamentale ou l'objectif de politique d'une mesure dans le cadre de l'analyse au titre de l'article III:4. L'équilibre qui transparaît dans l'Accord OTC entre le désir des Membres de l'OMC d'éviter les obstacles non nécessaires au commerce et la reconnaissance du droit des Membres de réglementer prend effet, entre autres choses, au moyen de l'inclusion de l'élément de distinction réglementaire légitime dans l'article 2.1 de l'Accord OTC. Cet équilibre n'est pas, en principe, différent de l'équilibre établi entre les articles I:1 et III:4 du GATT et l'article XX du GATT. Le Canada estime que l'équilibre établi dans le GATT de 1994 protège effectivement le droit d'un Membre de réglementer. Toute tentative visant à introduire une analyse additionnelle de la raison d'être fondamentale d'une mesure dans l'analyse au titre de l'article III:4 porterait atteinte à cet équilibre délicat et à la jurisprudence établie qui a guidé l'interprétation des obligations de non-discrimination à la lumière de l'article XX.

6. En outre, les États-Unis n'offrent pas d'exemple concret qui justifierait leur crainte que le champ plus étroit des objectifs visés à l'article XX en comparaison de celui de l'article 2.1 de l'Accord OTC puisse affaiblir le droit d'un Membre de réglementer.

IV. ORDRE D'ANALYSE AU TITRE DE L'ARTICLE XX DU GATT

7. L'Organe d'appel a confirmé récemment dans l'affaire *Chine – Terres rares* qu'une évaluation au titre de l'article XX du GATT supposait une analyse en deux étapes.

8. La première étape, qui consiste en une justification provisoire, exige que la partie défenderesse démontre que la mesure attaquée "traite l'intérêt particulier spécifié dans ce paragraphe" et qu'"il existe un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt protégé". Dans le contexte de l'article XX b), elle exige aussi qu'une partie défenderesse démontre qu'elle a adopté ou appliqué une mesure "nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux". L'analyse de la nécessité suppose de "soupeser et mettre en balance" une série de facteurs.

9. Bien que le Mexique décrive le critère correct au titre de l'article XX, il n'applique pas "l'ordre des étapes" correct pour évaluer la compatibilité avec l'article XX. Le Canada pense comme les États-Unis que l'évaluation de la question de savoir si la mesure contribue à la réalisation de l'objectif fait partie du critère de la nécessité et ne devrait pas faire partie de l'analyse de la question de savoir si la mesure relève du champ d'application de l'article XX b).

ANNEXE C-5

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE L'UNION EUROPÉENNE

1. L'Union européenne a un intérêt substantiel dans la question portée devant le Groupe spécial et nous demandons qu'il soit pleinement tenu compte de nos intérêts en tant que tierce partie tout au long des travaux du Groupe spécial. Spécifiquement, nous demandons que les tierces parties soient autorisées à: être présentes tout au long de l'audition; formuler des observations à l'invitation du Groupe spécial sur les questions qui se poseront lors de l'audition; recevoir la copie de toutes questions posées aux parties, leurs réponses et leurs commentaires; et être présentes à toute réunion ultérieure du Groupe spécial de la mise en conformité avec les parties. Afin de faciliter les travaux du Groupe spécial et des parties, l'Union européenne propose que les tierces parties doivent recevoir un exemplaire unique de tous les documents sous la seule forme électronique. Pour les mêmes raisons, elle propose aussi que chaque tierce partie soit autorisée à établir un résumé analytique intégré ne dépassant pas six pages (comme cela est prévu actuellement) de toutes ses communications, dans un délai de sept jours (comme cela est aussi prévu actuellement), qui serait utilisé comme section pertinente de la partie descriptive du rapport du Groupe spécial.
2. Même s'il n'y a pas de système formel du précédent dans le droit de l'OMC, les procédures initiales et les procédures de mise en conformité font partie d'un processus continu, et les groupes spéciaux de la mise en conformité sont censés être guidés par leurs constatations antérieures.
3. Si la même question qui avait été portée devant le groupe spécial initial et tranchée est à nouveau portée devant le groupe spécial de la mise en conformité (c'est-à-dire si les éléments suivants sont inchangés: la loi et la clarification apportée à la loi; la mesure; les faits; et les éléments de preuve), alors le groupe spécial de la mise en conformité peut et devrait simplement renvoyer à sa constatation antérieure et *réitérer* celle-ci. Il n'y a pas de règle générale de la chose jugée (*res judicata*) dans le droit de l'OMC; mais les groupes spéciaux de la mise en conformité sont censés suivre les résultats de la procédure initiale.
4. Si un ou plusieurs des éléments ci-dessus ont changé, alors le groupe spécial de la mise en conformité devrait en tenir compte lorsqu'il établit ses déterminations, tout en étant en même temps guidé par ses constatations antérieures.
5. La terminologie des communications des États-Unis reste peu claire: s'agit-il de champ d'application, de compétence, de mandat, de *res judicata*, de *non liquet*, de la relation entre différents types de procédures prévues par le Mémoire d'accord ou du libellé particulier de l'article 21:5? En outre, l'importance de certaines déclarations provenant d'affaires passées reste peu claire, en particulier lorsque ces déclarations sont sorties du contexte de l'affaire particulière dans laquelle elles ont été faites.
6. De l'avis de l'Union européenne, aucune des questions soulevées par les États-Unis ne concerne la notion de compétence.
7. La notion de *mandat* (article 7 du Mémoire d'accord) peut être envisagée comme faisant référence à la "compétence" d'un groupe spécial particulier, même si l'utilisation du terme "mandat" est plus précise et préférable, parce que c'est le terme utilisé par le traité, et aide ainsi à distinguer cette notion de celle de compétence. En l'espèce, l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC figure clairement dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Mexique et relève donc du mandat.
8. Rien dans l'article 3:7 n'établit une condition dans laquelle il serait interdit à une partie d'engager une procédure, y compris une procédure de mise en conformité. La seule limitation expresse dont il est question à l'article 3:7 est qu'un Membre jugera si une action serait utile. Un Membre devrait faire preuve d'une grande autodiscipline pour décider si une action serait utile. Il n'y a pas de principe général de la *res judicata* dans le cadre du règlement des différends à l'OMC.

9. L'affaire *États-Unis – Crevettes* n'étaye pas les communications des États-Unis dans la présente procédure, contrairement à ce qu'il apparaît que ceux-ci croient. Au contraire, elle confirme simplement qu'une fois que des mesures particulières entrent dûment dans le champ d'une procédure de mise en conformité parce que ce sont des mesures déclarées ou non déclarées comme ayant été prises pour se conformer, toute allégation peut être formulée à leur égard, qu'elle ait été ou non formulée dans la procédure initiale *et le groupe spécial de la mise en conformité doit évaluer et trancher cette allégation*, la décision pouvant faire l'objet d'un examen en appel.

10. Dans l'affaire *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, le Groupe spécial de la mise en conformité avait examiné à bon droit la compatibilité de la nouvelle détermination. C'est cette évaluation que l'Organe d'appel a examinée. Cette affaire n'étaye pas les communications des États-Unis dans la présente procédure. Elle confirme simplement qu'une fois que des mesures particulières entrent dûment dans le champ d'une procédure de mise en conformité parce que ce sont des mesures déclarées ou non déclarées comme ayant été prises pour se conformer, toute allégation peut être formulée à leur égard, qu'elle ait été ou non formulée dans la procédure initiale *et le groupe spécial de la mise en conformité doit évaluer et trancher cette allégation*, ne serait-ce que pour déterminer que la question a été tranchée dans la procédure initiale, cette décision pouvant faire l'objet d'un examen en appel.

11. Aux termes de l'article 11 du Mémoire d'accord, un groupe spécial doit procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés. Cela est compatible avec l'article 23 du Mémoire d'accord, qui prescrit que les Membres aient recours aux dispositions du Mémoire d'accord lorsqu'ils chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations résultant des accords visés; l'article 3:3 du Mémoire d'accord, qui fait référence aux situations dans lesquelles *un Membre considère* qu'il y a violation; et les articles 3:2 et 19:2 du Mémoire d'accord, conformément auxquels les droits et obligations des Membres ne peuvent pas être accrus *ou diminués* dans le cadre des procédures de règlement des différends. De la même façon, l'article 17:12 du Mémoire d'accord prescrit que l'Organe d'appel examine chacune des questions soulevées conformément à l'article 17:6 pendant la procédure d'appel. Par conséquent, sous réserve de l'application judicieuse du principe d'économie jurisprudentielle (qui n'est pas en cause dans la présente procédure de mise en conformité), lorsqu'une question relève dûment de la compétence et du mandat d'un organe juridictionnel de l'OMC, cet organe juridictionnel est tenu de l'évaluer et de la trancher. Il n'y a pas de principe général de *non liquet* dans le règlement des différends de l'OMC.

12. La notion du champ de plusieurs procédures différentes au titre du Mémoire d'accord *en relation les unes avec les autres* est différente des notions de *compétence*, *mandat*, *res judicata* et *non liquet* définies plus haut. Il existe assurément des exclusions et des recoupements. Par exemple, la même mesure et question peut faire l'objet de plus d'une procédure de groupe spécial. Un délai raisonnable peut être fixé par un arbitre conformément à l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord; mais dans certains cas le délai de mise en œuvre est fixé par le groupe spécial initial, et ainsi de suite. Par conséquent, le simple fait qu'une question ou mesure particulière entre dans le champ d'une procédure ou d'un type de procédure ne signifie pas nécessairement qu'elle n'entre pas dans le champ d'une autre procédure ou d'un autre type de procédure.

13. Le champ d'une procédure de mise en conformité est régi par les termes de l'article 21:5 du Mémoire d'accord: c'est le "différend" qui consiste dans le "désaccord 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. Cet examen inclut aussi à la fois les mesures dont il a été *déclaré* qu'elles avaient été prises pour se conformer; et toutes mesures *non déclarées* comme ayant été prises pour se conformer, y compris celles qui satisfont au critère du *lien étroit*. Les mesures prises pour se conformer, comme toutes les mesures pouvant faire l'objet d'un examen dans le cadre du règlement des différends de l'OMC, peuvent être soit des actions soit des *omissions* imputables au Membre défendeur.

14. Une fois que, pour une raison quelconque, des mesures entrent dans le champ d'une procédure de mise en conformité, le Membre plaignant n'est pas limité à la contestation de leur

compatibilité avec les mêmes dispositions des accords visés qui étaient en cause dans la procédure initiale et, en outre, le Membre défendeur n'est pas libre de *supposer* qu'elles sont compatibles avec les règles de l'OMC.

15. Le champ d'une procédure de mise en conformité englobe aussi les désaccords "au sujet de l'existence" d'une mesure prise pour se conformer. Par exemple, le Membre plaignant pourrait affirmer qu'il n'existe aucune mesure prise pour se conformer, alors que le Membre défendeur pourrait affirmer qu'il *existe effectivement* une mesure prise pour se conformer. Ce désaccord entrerait dans le champ d'une procédure de mise en conformité et, s'il était constaté que la mesure existe, elle serait nécessairement qualifiée de mesure prise pour se conformer.

16. Une autre possibilité est que les parties conviennent qu'il n'existe aucune mesure prise pour se conformer mais que le Membre plaignant affirme qu'une telle mesure était nécessaire (c'est-à-dire *devrait exister*), alors que le Membre défendeur affirme qu'une telle mesure n'était pas nécessaire (n'a pas besoin d'exister) parce que, par exemple, en raison d'événements survenus avec le temps, l'incompatibilité a cessé. Une autre manière d'exprimer le même désaccord est que le Membre plaignant attaque l'*omission* du Membre défendeur, c'est-à-dire son manquement à l'obligation de faire en sorte que les mesures qu'il adopte *ou maintient* soient conformes aux accords visés. Cette omission et, par définition, la mesure à laquelle elle renvoie (c'est-à-dire la mesure initiale, *telle que maintenue*) entrent donc aussi dans le champ de la procédure de mise en conformité.

17. Les États-Unis fondent leurs communications concernant le champ de la présente procédure de mise en conformité en grande partie sur les constatations formulées dans l'affaire *CE – Linge de lit* (article 21:5 – *Inde*). Toutefois, un certain nombre de questions doivent être prises en considération à cet égard.

18. Premièrement, si la clarification du droit de l'OMC devant être appliquée par un groupe spécial de la mise en conformité n'est pas la même que celle qui a été appliquée par le groupe spécial initial (par exemple en raison de clarifications apportées dans la procédure initiale), alors le raisonnement suivi dans l'affaire *CE – Linge de lit* (article 21:5 – *Inde*) ne s'applique pas.

19. Deuxièmement, si les mesures ou aspects des mesures qui font l'objet de la plainte concernant la mise en conformité ne sont pas les mêmes que les mesures ou aspects des mesures qui faisaient l'objet de la plainte initiale, alors le raisonnement suivi dans l'affaire *CE – Linge de lit* (article 21:5 – *Inde*) ne s'applique pas.

20. Troisièmement, compte tenu des circonstances de cette affaire, les faits et éléments de preuve étaient *déjà gelés en ce qui concerne le dossier de l'enquête initiale*. Par contre, si l'autorité chargée de l'enquête rouvre effectivement le dossier et recueille davantage de renseignements et d'éléments de preuve, de telle sorte que les *faits ou éléments de preuve ont changé* par rapport à ceux qui étaient en cause dans la procédure initiale, alors le raisonnement suivi dans l'affaire *CE – Linge de lit* (article 21:5 – *Inde*) ne s'applique pas.

21. Quatrièmement, l'aspect de la mesure en question qui était contesté par l'Inde était dissociable des autres aspects de la mesure. Si cela n'est pas le cas, le raisonnement suivi dans l'affaire *CE – Linge de lit* (article 21:5 – *Inde*) ne s'applique pas.

22. En outre, il est significatif que, dans chacune des affaires ultérieures qui concernent cette question (*États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* (article 21:5 – *Argentine*); *États-Unis – Bois de construction résineux VI* (article 21:5 – *Canada*); *États-Unis – Coton* (article 21:5 – *Brésil*); *États-Unis – Réduction à zéro (CE)* (article 21:5 – *CE*)), la situation a été distinguée de la situation dans l'affaire *CE – Linge de lit* (article 21:5 – *Inde*). Point important, dans la plus récente de ces affaires, c'est-à-dire l'affaire *États-Unis – Réduction à zéro (CE)* (article 21:5 – *CE*), pour infirmer la décision du Groupe spécial, l'Organe d'appel a fait référence à une déclaration formulée par le Groupe spécial *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE* (article 21:5 – *CE*) (sur laquelle les États-Unis cherchent à s'appuyer dans la présente procédure de mise en conformité) selon laquelle "une nouvelle allégation relative à un aspect de la mesure initiale qui n'a jamais été contesté et est demeuré inchangé" ne serait pas possible dans le cadre d'une procédure de mise en conformité, et a dit expressément qu'il contestait cette proposition.

23. L'Union européenne estime qu'un groupe spécial de la mise en conformité doit mettre en balance les principes du règlement rapide des différends et de la régularité de la procédure et que les deux principes doivent tenir compte non seulement des intérêts des parties dans un différend particulier, mais aussi des intérêts du système.

24. Nous ne parlons pas simplement d'un retard additionnel correspondant à un délai raisonnable additionnel. Si les questions pertinentes étaient renvoyées devant un nouveau groupe spécial, il faudrait probablement beaucoup plus longtemps pour revenir au point de procédure actuel.

25. À cet égard, l'Union européenne renvoie aux articles de la Commission du droit international (la "CDI") sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ("articles concernant la responsabilité de l'État"), qui ont été fréquemment mentionnés dans les procédures engagées à l'OMC. Ces articles (et/ou les commentaires y relatifs) confirment trois points. Premièrement, les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite (tel que les actes des États-Unis jugés incompatibles avec les règles de l'OMC par le Groupe spécial initial) incluent la cessation et la non-répétition (et n'affectent pas le maintien du devoir d'exécution). Deuxièmement, une préoccupation concernant la non-répétition est particulièrement justifiée lorsque la situation antérieure ne sera pas restaurée. Troisièmement, le mécanisme de règlement des différends de l'OMC est centré sur la cessation plutôt que sur la réparation.

26. En résumé, dans la mesure où les règles de l'OMC sont interprétées comme étant centrées sur la cessation plutôt que sur la réparation, il y a déjà un déplacement significatif dans l'architecture du règlement des différends de l'OMC par rapport au principe du règlement rapide, puisque la charge correspondant au temps écoulé est placée sur le plaignant plutôt que sur le défendeur. Cela étant, il est entièrement approprié et même essentiel pour le bon fonctionnement du système de règlement des différends de l'OMC qu'il y ait un rééquilibrage raisonnable sous la forme d'une appréhension effective par le système de la répétition. Le moment précis auquel cela est accompli est celui où le champ de la procédure de mise en conformité est examiné. Dans la communication de l'Union européenne, cette question devrait être abordée de façon à permettre à un groupe spécial de la mise en conformité d'appréhender raisonnablement toute la mesure de ce qu'est, en substance, le maintien d'une situation. L'Union européenne affirme que le Groupe spécial de la mise en conformité devrait garder ces facteurs à l'esprit lorsqu'il examinera les divers arguments concernant le champ qui ont été avancés en l'espèce par les États-Unis.

27. En conclusion: la mesure modifiée concernant le thon est une mesure déclarée comme ayant été prise pour se conformer. Les mesures déclarées comme ayant été prises pour se conformer entrent dans le champ d'une procédure de mise en conformité. L'Union européenne estime que les divers éléments de la mesure modifiée concernant le thon ne peuvent faire l'objet d'un examen utile et raisonnable que s'ils sont considérés dans leur ensemble, et qu'ils sont indissociables les uns des autres. Par conséquent, cette mesure relève en totalité de la présente procédure de mise en conformité. Les plaintes relèvent de la compétence et du mandat du Groupe spécial de la mise en conformité. Il n'y a pas de règle de la *res judicata* ni du *non liquet*. Le Groupe spécial de la mise en conformité doit procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi. La situation n'est pas la même que la situation qui se présentait dans l'affaire *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)* et le raisonnement suivi dans cette affaire ne s'applique donc pas.

28. S'agissant de l'ordre d'analyse: l'Union européenne suggère que le Groupe spécial de la mise en conformité commence par l'article 2.1 de l'Accord OTC et traite ensuite les articles III:4 et XX du GATT de 1994. Une bonne règle empirique lorsque l'on examine l'ordre d'analyse consiste à commencer par la disposition la plus spécifique. Cela permet à l'organe juridictionnel de rester aussi fidèle que possible à l'intention des parties au traité. Lire conjointement la règle la plus générale et la règle la plus spécifique ou lire l'une comme servant de contexte pour l'autre est ce qui permet le mieux à l'organe juridictionnel de l'OMC de comprendre les intentions des rédacteurs. Les considérants de l'Accord OTC confirment que l'accord a été élaboré à partir du GATT de 1994 et s'appuie sur celui-ci.

29. S'agissant de l'article 2.1 de l'Accord OTC et revenant à la présente affaire, premièrement, l'Union européenne estime que pour évaluer s'il existe ou non une incidence préjudiciable sur les importations, il est pertinent de comparer la situation qui existait avant l'adoption de la mesure initiale et la situation présente.

30. Deuxièmement, l'Union européenne estime que toutes les modifications réglementaires peuvent entraîner des coûts qui, à court terme, seront forcément répartis de façon inégale entre les entreprises existantes et les Membres en fonction de leurs décisions d'investissement antérieures. Ce fait à lui seul ne signifie pas que la mesure soit constitutive d'une infraction. Ce qui importe c'est que, à long terme, toutes les entreprises et tous les Membres puissent s'adapter au nouveau régime réglementaire et bénéficier de possibilités de concurrence égales.

31. Troisièmement, l'Union européenne estime que le simple fait que les coûts unitaires de mise en conformité avec la réglementation peuvent être plus élevés pour les entreprises ou les Membres dont les volumes de production ou la part de marché sont plus faibles n'établit pas, à lui seul, l'existence d'une infraction. Les entreprises et les Membres font leurs propres choix concernant les économies d'échelle. La propension à enfreindre le droit de l'OMC n'est pas fonction de la taille relative des Membres ou de leurs entreprises, ou de leurs volumes de production ou leurs parts de marché. Le droit de l'OMC traite tous les Membres de l'OMC comme étant égaux, en considérant leur taille relative comme un fait donné.

32. Quatrièmement, l'Union européenne estime que la question fondamentale est de savoir si les distinctions réglementaires légitimes sont ou non impartiales. Aucun fait n'est en soi exclu de cette évaluation. C'est un aspect de l'affaire qui exigera du Groupe spécial de la mise en conformité qu'il soupèse soigneusement tous les faits et éléments de preuve. Pour l'essentiel, la question est de savoir si la mesure modifiée concernant le thon entraîne ou non une discrimination injustifiée. La jurisprudence existante confirme qu'une simple différence n'équivaut pas nécessairement à une discrimination, encore moins à une discrimination injustifiée. Le Groupe spécial de la mise en conformité devra donc examiner si un quelconque traitement différent à l'intérieur et à l'extérieur de l'ETP est ou n'est pas impartial et justifié. En particulier, il devra examiner si un quelconque traitement différent est ou n'est pas adapté de manière appropriée aux différentes méthodes de pêche, eu égard aux objectifs réglementaires légitimes recherchés par les États-Unis, et conçu d'une manière qui corresponde effectivement à ces objectifs légitimes. Il voudra peut-être aussi examiner s'il existe ou non une autre approche qui consisterait à réduire, voire à éliminer, ces différences tout en continuant d'apporter une contribution équivalente aux objectifs légitimes et qui soit raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique. Si ce n'est pas le cas, le Groupe spécial de la mise en conformité devrait s'en remettre à l'exercice par les États-Unis de l'autonomie dont ils disposent en matière de réglementation. Si c'est le cas, il devrait constater que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

33. En réponse à une question du Groupe spécial sur la prescription relative à l'impartialité, l'Union européenne a répondu comme suit. Ainsi qu'il a été expliqué dans nos communications au Groupe spécial initial et au Groupe spécial de la mise en conformité, l'Organe d'appel a précisé que l'évaluation d'un manquement *de facto* allégué à l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'Accord OTC, selon le contexte fourni par les considérants de l'Accord OTC et par l'article 2.2 de l'Accord OTC, n'était pas en principe différente de l'analyse qui serait effectuée au titre des articles III:4 et XX du GATT de 1994. Cela éclaire ce que veut dire le terme "impartial". Cela veut dire que la "raison d'être", l'"objectif", le "but" ou "l'intention objective" de la distinction réglementaire critiquée par le Mexique sont 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.

34. Il est possible que la distinction réglementaire ne "contribue" ni ne "fasse obstacle" à l'objectif général mais dénote simplement une adaptation des différentes mesures à différents risques. La simple existence de ces différences ne signifie pas nécessairement qu'il y a discrimination ou discrimination injustifiée. Au titre de l'Accord SPS, par exemple, les mesures doivent être adaptées en fonction tant de l'origine que de la destination des produits pertinents. En examinant cette question, le Groupe spécial voudra peut-être examiner s'il existe ou non une autre approche qui consisterait à réduire sensiblement, voire à éliminer, ces différences (et les coûts différents qui y seraient associés) tout en continuant d'apporter une contribution équivalente aux objectifs légitimes, et qui soit raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique (c'est-à-dire du coût).

35. En réponse à une question additionnelle du Groupe spécial sur la charge de la preuve, l'Union européenne a répondu comme suit. L'Union européenne convient 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'est

pas différent de l'équilibre établi dans les articles III:4 et XX du GATT. Il est probable que cela sera pris en compte au moment d'examiner les éléments de preuve. En particulier, il est probable que certains aspects de la charge de la preuve incomberont au Membre défendeur, tout comme c'est le cas au titre du GATT.

36. Toutefois, dans le même temps, l'Union européenne mettrait en garde contre une approche excessivement mécanique de cette question. S'il est vrai qu'au titre du GATT il incombera normalement au plaignant de démontrer l'infraction et au défendeur de démontrer le moyen de défense, néanmoins, ces deux exposés sont des expressions du principe plus général selon lequel il appartient généralement à la partie qui établit, par voie d'affirmation, un fait particulier de présenter des éléments de preuve à l'appui de son affirmation.

37. En outre, nous notons que la notion de charge de la preuve désigne le fait de rapporter la preuve d'un fait en présentant des éléments de preuve. Elle est distincte de la charge de persuasion, qui fait plutôt référence à l'élaboration d'arguments dans le but de convaincre un organe juridictionnel qu'un fait particulier devrait être qualifié d'une manière particulière. S'agissant de la charge de persuasion, ce qui tend à se produire est qu'à l'issue de l'échange des arguments, ayant respecté la régularité de la procédure, l'organe juridictionnel pèsera les arguments et fera une constatation. Nous faisons observer aussi que des hypothèses futures ou des hypothèses subsidiaires ne peuvent pas être prouvées directement. Enfin, nous voudrions rappeler qu'un groupe spécial a le pouvoir de poser des questions à chaque partie pour demander tous renseignements qu'il jugera nécessaires et qui pourraient raisonnablement se trouver en la possession de cette partie, sans toutefois plaider la cause de l'une ou l'autre partie.

38. En résumé, alors que le fait que l'article 2.1 (charge incombant au plaignant) correspond en principe aux articles III:4 (charge incombant au plaignant) et XX (charge incombant au défendeur) du GATT peut sembler poser un problème de charge de la preuve particulièrement épineux, l'étendue des difficultés ne devrait pas être exagérée. Il y a en réalité beaucoup d'autres dispositions qui soulèvent des questions semblables dans les accords visés parce que, souvent, on ne voit pas très clairement quand il y a une relation règle-exception ou quelles sont les relations entre les différents dispositions ou accords visés. La façon d'aller de l'avant à cet égard réside non pas dans une approche excessivement rigide des questions relatives à la charge de la preuve, mais plutôt dans une utilisation intelligente du pouvoir du groupe spécial de poser des questions aux parties afin d'obtenir des renseignements pertinents.

ANNEXE C-6

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU JAPON EN TANT QUE TIERCE PARTIE

I. Article 2.1 de l'Accord OTC

1. Comme cela a été noté par les deux parties, l'Organe d'appel a élaboré un critère en deux étapes que les groupes spéciaux doivent suivre pour évaluer des allégations de traitement moins favorable *de facto* au titre de l'article 2.1. La première étape consiste à examiner si le règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux similaires ou des produits similaires originaires de tout autre pays. Une constatation positive de l'existence d'un tel effet préjudiciable ne suffit pas à démontrer qu'il y a un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1. Au contraire, il y a une deuxième étape dans laquelle le groupe spécial examine minutieusement si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'elle ne reflète l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits importés.¹

2. Les États-Unis font valoir que les distinctions réglementaires examinées dans le cadre de la deuxième étape de l'analyse au titre de l'article 2.1 sont limitées aux distinctions réglementaires qui expliquent l'effet préjudiciable dont l'existence a été déterminée dans la première étape de l'analyse. Ils trouvent des éléments à l'appui de leur position dans une déclaration faite par l'Organe d'appel pendant la procédure initiale.²

3. Le Japon convient que la distinction réglementaire expliquant l'effet préjudiciable sera habituellement l'élément principal de l'évaluation dans la deuxième étape de l'analyse. Toutefois, la portée de l'évaluation n'est pas aussi étroite que les États-Unis le donnent à entendre. De fait, un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 doit "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".³ De l'avis du Japon, cette évaluation va au-delà de la distinction réglementaire dont il est allégué qu'elle explique l'effet préjudiciable. Le Japon n'est donc pas favorable à une définition trop rigide de la portée de l'évaluation dans le cadre de la deuxième étape.

4. Finalement, en l'espèce, les parties semblent être moins en désaccord au sujet de la relation entre les étapes 1 et 2, qu'au sujet de la distinction réglementaire qui était au cœur de l'analyse au titre de l'article 2.1 dans la procédure initiale. Le Japon pense comme les États-Unis que la description la plus claire de ce que l'Organe d'appel a considéré comme étant l'effet préjudiciable causé par la mesure concernant le thon figure au paragraphe 284 du rapport de l'Organe d'appel, qui est libellé comme suit:

Compte tenu des constatations de fait formulées par le Groupe spécial, nous avons conclu plus haut que l'effet préjudiciable de la mesure sur les produits du thon mexicains était causé par le fait que la plupart de ces produits contenaient du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP et n'étaient, donc, pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*, alors que la plupart des produits du thon venant des États-Unis et d'autres pays qui étaient vendus sur le marché des États-Unis contenaient du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP et étaient, donc, admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*. 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

¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon* [ci-après *États-Unis – Thon II (Mexique)*], WT/DS381/AB/R (16 mai 2012), paragraphe 215 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle* [ci-après *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*], WT/DS406/AB/R (4 avril 2012), paragraphes 180, 182 et 215).

² Deuxième communication écrite des États-Unis d'Amérique (22 juillet 2014), paragraphe 66 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 286).

³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182.

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. La question dont nous sommes saisis est donc de savoir si les États-Unis ont démontré que *cette* différence dans les conditions d'étiquetage était une distinction réglementaire légitime et, par conséquent, si l'effet préjudiciable de la mesure résulte exclusivement de cette distinction au lieu de dénoter une discrimination. (italique dans l'original)

5. Néanmoins, le Japon ne pense pas comme les États-Unis que les prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs que le Mexique a invoquées dans la présente procédure ne soient pas pertinentes pour l'analyse au titre de l'article 2.1. Dans la deuxième étape de l'analyse au titre de l'article 2.1, le Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 devra déterminer si l'effet préjudiciable découle d'une distinction réglementaire légitime. Pour faire cette détermination, il doit "analyser minutieusement les circonstances propres à l'affaire, à savoir la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application" de la mesure modifiée concernant le thon.⁴ Dans la mesure où le Mexique allègue que les aspects des prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs ayant trait à la différence dans les conditions en matière d'étiquetage causent un effet préjudiciable pour les produits du thon mexicains et où il montre que ces conditions en matière d'étiquetage ne sont pas impartiales, ces aspects seraient pertinents pour l'analyse du Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5. De fait, il apparaîtrait que les prescriptions concernant l'enregistrement des données/la vérification et les observateurs concernent le point de savoir si les produits du thon remplissent les conditions d'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe*. Par conséquent, le Japon ne voit pas pourquoi ces prescriptions devraient être exclues *ex ante* de l'évaluation faite par le Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5.

II. Article III:4 du GATT de 1994

6. Dans le récent différend *CE – Produits dérivés du phoque*, le Japon et plusieurs autres Membres de l'OMC ont été d'avis que l'évaluation des allégations de traitement moins favorable *de facto* au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 pouvait être effectuée conformément au critère en deux étapes élaboré par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Par exemple, le Japon a noté qu'une interprétation compatible des deux dispositions était étayée par le fait que tant l'article III:4 du GATT que l'article 2.1 de l'Accord OTC traitaient la même question du "traitement moins favorable". En outre, non seulement les règlements techniques sont en principe réglementés par l'article 2.1 de l'Accord OTC mais ils relèvent aussi des types de mesures réglementés par l'article III:4 du GATT. La règle de la non-discrimination énoncée à l'article 2.1 de l'Accord OTC ne s'applique qu'aux "règlements techniques".⁵ Par conséquent, l'article 2.1 de l'Accord OTC fournirait le contexte pertinent pour l'interprétation de l'article III:4 lorsque la question se rapporte aux règlements techniques. Le Japon continue de penser que la question de savoir si l'effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires découle de distinctions réglementaires légitimes constitue une analyse pertinente aux fins de l'évaluation d'une mesure au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

7. L'absurdité de l'existence de critères distincts au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'Accord OTC est illustrée par les circonstances du différend. Comme cela a été indiqué auparavant, la position des États-Unis dans le présent différend est que la mesure modifiée concernant le thon ne viole pas l'article 2.1 de l'Accord OTC parce que, selon eux, le Mexique n'a pas montré que l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains ne découlait pas de distinctions réglementaires légitimes. Supposons que les États-Unis fassent aboutir leur argument. Dans ces circonstances, il serait constaté que la mesure modifiée n'accorde pas un traitement moins favorable et n'est donc pas incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Pourtant, selon une interprétation trop étroite de l'article III:4 du GATT dans laquelle l'évaluation du traitement moins favorable se concentre exclusivement sur l'effet préjudiciable, il pourrait être constaté que la même mesure accorde un traitement moins favorable et est donc incompatible avec l'article III:4 du GATT. L'idée que le même règlement technique n'accorde pas un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC mais accorde effectivement un traitement moins favorable aux fins de l'article III:4 du GATT de 1994 est contraire à la logique.

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 97.

8. L'article 2.1 de l'Accord OTC est la disposition la plus spécifique figurant dans l'accord le plus spécifique. Il ne s'intéresse qu'à une catégorie de mesures: les règlements techniques. En revanche, l'article III:4 du GATT traite une catégorie beaucoup plus large de mesures pouvant potentiellement relever des catégories génériques des "lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur". Qu'un règlement technique puisse être jugé compatible avec l'obligation de non-discrimination plus spécifique et cependant incompatible avec l'obligation plus générale rend le résultat d'autant plus absurde.

9. Le Japon reconnaît qu'une mesure jugée incompatible avec l'article III:4 du GATT pourrait finalement être justifiée au titre de l'article XX du GATT de 1994. Toutefois, la possibilité d'invoquer l'article XX ne fournit pas de solution nette au problème décrit ci-dessus. C'est un fait reconnu que la liste des raisons de politique qui pourraient justifier une mesure au titre de l'article XX est plus étroite qu'au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. En outre, l'évaluation au titre de l'article XX n'est pas nécessairement la même que l'évaluation au titre de la deuxième étape de l'article 2.1. Le risque de constatations contradictoires est donc réel.

10. Le résultat est moins qu'optimal à d'autres égards. Il apparaîtrait qu'un Membre de l'OMC confronté à un règlement technique qu'il estime discriminatoire aurait maintenant une incitation à présenter l'allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, plutôt qu'au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. La raison en est que la charge qui lui incombe au titre de l'article III:4 est inférieure à ce qu'elle est au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Au regard d'un article III:4 trop étroit, le plaignant doit seulement démontrer que la mesure a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires, stade auquel la charge se déplace vers le défendeur, qui doit montrer que le règlement technique est justifié parce que toute distinction réglementaire est légitime. Il s'ensuit de cette analyse que l'article 2.1 de l'Accord OTC pourrait devenir redondant et n'avoir plus guère de sens. Cela ne peut assurément pas être le résultat voulu par les Membres de l'OMC lorsqu'ils ont négocié l'Accord OTC.

11. Comme les États-Unis⁶, le Japon craint qu'exclure de l'évaluation au titre de l'article III:4 du GATT un examen du but et de la nature de la mesure en cause puisse affaiblir indûment nombre de mesures légitimes et véritablement non discriminatoires. Il invite donc instamment le Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 à adopter une interprétation de l'article III:4 du GATT de 1994 qui est compatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et qui tient dûment compte des distinctions réglementaires légitimes pouvant être à la base d'un règlement technique.

III. Article 21:5 du Mémoire d'accord

12. Les procédures au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord concernent les désaccords "au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions". Les États-Unis reconnaissent que, dans le cadre des présentes procédures au titre de l'article 21:5, le Mexique serait en droit de:

- a) réitérer une allégation dans les cas où le Groupe spécial initial aurait appliqué le principe d'économie jurisprudentielle⁷;
- b) réitérer une allégation selon laquelle les aspects *nouveaux* de la mesure modifiée non seulement ne rendent pas la mesure conforme aux dispositions qui faisaient l'objet des recommandations et décisions de l'ORD mais sont incompatibles avec les accords visés⁸; et

⁶ Deuxième communication écrite des États-Unis d'Amérique, paragraphe 142.

⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine* (article 21:5 – Argentine) [ci-après *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* (article 21:5 – Argentine)], WT/DS268/AB/RW (12 avril 2007), paragraphes 141, 150 à 152.

⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde* (article 21:5 – Inde) [ci-après *CE – Linge de lit* (article 21:5 – Inde)], WT/DS141/AB/RW (8 avril 2003), paragraphe 88.

- c) formuler une nouvelle allégation concernant un aspect inchangé de la mesure qu'il aurait pu présenter auparavant, dans les cas où cet aspect inchangé serait un aspect "indissociable" de la mesure prise pour se conformer.⁹

Néanmoins, les États-Unis font valoir que l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC ne relève pas du mandat du Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 parce qu'elle repose sur des éléments de la mesure qui n'ont pas été jugés incompatibles avec les règles de l'OMC et qui sont inchangés par rapport à la mesure initiale.¹⁰

13. Le Japon juge utile de commencer l'analyse de cette question en rappelant les recommandations et décisions pertinentes de l'ORD qui découlent du différend initial. Ces recommandations et décisions de l'ORD découlent, bien entendu, des décisions figurant dans les rapports de l'Organe d'appel et du Groupe spécial dans les procédures initiales. Dans le cas de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Japon estime que la décision pertinente est la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle "les 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".¹¹ À la lumière des recommandations et décisions de l'ORD, les États-Unis étaient tenus d'éliminer le traitement moins favorable résultant de la mesure. Dans la mesure où la mesure modifiée continuerait d'accorder un traitement moins favorable aux produits du thon mexicains, ils ne se seraient pas pleinement conformés aux recommandations et décisions de l'ORD.¹²

14. Les États-Unis affirment que les recommandations et décisions de l'ORD sont étroitement limitées à la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle la mesure initiale interdisait que les produits du thon soient étiquetés *Dolphin Safe* s'ils contenaient du thon capturé dans l'ETP et qu'un dauphin avait été tué ou gravement blessé, mais autorisait l'étiquetage *Dolphin Safe* pour les produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP même si des dauphins avaient été tués ou gravement blessés.¹³ Le Japon note que, dans son raisonnement, l'Organe d'appel a expliqué que "la mesure des États-Unis [prenait] pleinement en compte les effets nuisibles résultant pour les dauphins de leur encerclement dans l'ETP, alors qu'elle "ne vis[ait] pas la mortalité (observée ou non observée) découlant des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins pratiquées à l'extérieur de l'ETP"". ¹⁴ C'est cependant la raison donnée par l'Organe d'appel à l'appui de sa conclusion finale selon laquelle "les 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".¹⁵ Il apparaît donc que les États-Unis confondent la conclusion de l'Organe d'appel avec les raisons particulières qui ont constitué la base de cette conclusion.

15. La situation en l'espèce présente des similitudes avec la situation qui avait été soumise à l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (article 21:5 – Argentine)*. Ce différend concernait la détermination de la probabilité d'un dumping qui reposait sur les deux bases factuelles suivantes: i) la constatation d'un dumping passé probable pendant la période couverte par le réexamen; et ii) la constatation, établie dans la détermination à l'extinction initiale et incorporée dans la mesure contestée dans la procédure au titre de l'article 21:5, selon laquelle les volumes des importations [avaient] diminué après l'imposition de l'ordonnance en matière de droits antidumping. Le Groupe spécial initial a

⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis d'Amérique, paragraphe 48. Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro") (article 21:5 – CE)* [ci-après *États-Unis – Réduction à zéro (CE)* (article 21:5 – CE)], WT/DS294/AB/RW (14 mai 2009), paragraphe 433.

¹⁰ Première communication écrite des États-Unis d'Amérique (27 mai 2014), paragraphe 202 1).

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 299.

¹² Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction (article 21:5 – Japon)* [ci-après *États-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (article 21:5 – Japon)], WT/DS322/AB/RW (18 août 2009), paragraphe 158.

¹³ Première communication écrite des États-Unis d'Amérique, paragraphe 192 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 289 à 292).

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/R (15 septembre 2011), paragraphe 7.544).

¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 299.

seulement traité la première base factuelle et a conclu en conséquence que la détermination de la probabilité d'un dumping était incompatible avec l'article 11.3 de l'Accord antidumping. Il n'a pas examiné la deuxième base factuelle. Dans la procédure de mise en conformité, les États-Unis ont fait valoir que la deuxième base factuelle, c'est-à-dire l'analyse du volume des importations, qui demeurerait inchangé dans la nouvelle détermination de la probabilité d'un dumping établie par le Département du commerce des États-Unis ("l'USDOC"), ne faisait pas partie de la "mesure prise pour se conformer" et ne pouvait donc pas être examinée par le Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5. L'Organe d'appel n'a pas souscrit à l'argument des États-Unis. Il a été d'avis que la constatation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC faite par le Groupe spécial initial concernait la détermination de la probabilité d'un dumping établie par l'USDOC et que la constatation de l'USDOC relative aux volumes des importations faisait "partie intégrante de la "mesure prise pour se conformer""¹⁶; en conséquence, pour se conformer à la constatation du Groupe spécial initial, telle qu'elle [avait] été adoptée par l'ORD, les États-Unis devaient mettre leur détermination de la probabilité d'un dumping en conformité avec l'article 11.3 de l'Accord antidumping.¹⁷ Il a ajouté que l'approche étroite préconisée par les États-Unis dans cette affaire confondait indûment la conclusion du Groupe spécial initial concernant la détermination de la probabilité d'un dumping établie par l'USDOC avec la raison particulière qui avait constitué la base de cette conclusion.

16. Le Japon invite donc instamment le Groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 à constater que les allégations du Mexique relèvent dûment de son mandat.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 146.

¹⁷ *Ibid.*, paragraphe 143.

ANNEXE C-7**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA RÉPUBLIQUE
DE CORÉE À LA RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL***

1. La République de Corée ("la Corée") se félicite de l'occasion qui lui est donnée de présenter ses points de vue au Groupe spécial en tant que tierce partie. Bien que les parties au différend et les tierces parties soulèvent plusieurs questions importantes, la Corée souhaite aborder brièvement les deux questions systémiques suivantes. Premièrement, elle souhaiterait faire part de ses observations sur la question du mandat du présent Groupe spécial de la mise en conformité. Deuxièmement, elle souhaiterait formuler des observations sur la relation entre l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT.

MANDAT D'UN GROUPE SPÉCIAL DE LA MISE EN CONFORMITÉ

2. Comme l'OMC l'affirme elle-même, sa principale fonction est de favoriser autant que possible la bonne marche, la prévisibilité et la liberté des échanges. Pour assurer une meilleure mise en œuvre des Accords de l'OMC, l'Organisation offre à ses Membres une procédure de règlement des différends. L'objectif de cette procédure est d'obtenir un règlement rapide du différend, tout en préservant les droits des parties au différend en matière de régularité de la procédure.

3. Cela dit, lorsque l'on constate qu'une mesure d'un Membre est incompatible avec les dispositions pertinentes des Accords de l'OMC dans le cadre de la procédure de règlement des différends, on peut dire que cette mesure entrave la bonne marche des échanges. À la réunion de l'ORD, par conséquent, l'OMC exige du Membre concerné qu'il mette la mesure en conformité avec les dispositions pertinentes des Accords de l'OMC. Lorsque la mesure incompatible a été rectifiée au terme d'un délai raisonnable, on peut dire que la bonne marche des échanges est alors rétablie.

4. Ainsi, la Corée tient à réaffirmer qu'elle croit comprendre que la vraie finalité d'un différend devrait être une situation dans laquelle les exportateurs de la partie lésée retrouvent la compétitivité dont ils bénéficiaient avant l'adoption de la mesure incompatible avec les règles de l'OMC imposée par le Membre concerné.

5. À cet égard, le mandat d'un groupe spécial de la mise en conformité ne se limite pas aux mesures modifiées. En fait, il peut porter sur des mesures inchangées si l'examen de ces mesures par le Groupe spécial de la mise en conformité est nécessaire pour mettre un terme au différend. D'ailleurs, l'Organe d'appel a précisé dans l'affaire *États-Unis – Réduction à zéro* (DS294) que des allégations qui n'avaient pas été formulées antérieurement pouvaient quand même être établies à l'encontre d'une mesure de mise en œuvre dans le cadre d'une procédure de mise en conformité "même lorsqu'une telle mesure prise pour se conformer incorpor[ait] des composants de la mesure initiale qui [étaient] inchangés mais n'[étaient] pas dissociables des autres aspects de la mesure prise pour se conformer".¹

6. L'Organe d'appel a établi dans plusieurs différends au titre de l'article 21:5 que les mesures prises pour se conformer ne se limitaient pas aux mesures déclarées par le Membre mettant en œuvre.² Dans l'affaire *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5)*, l'Organe d'appel a établi en particulier que les groupes spéciaux de la mise en conformité avaient le devoir d'examiner les questions de "nature fondamentale", questions qui touchaient au fondement de leur compétence, de leur propre chef, même si les parties au différend restaient muettes sur ces questions.³

* La République de Corée a demandé que sa déclaration orale tienne lieu de résumé analytique.

¹ Voir *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*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS294/AB/RW, 14 mai 2009, paragraphe 432.

² Par exemple, rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*; *États-Unis – Réduction à zéro (article 21:5 – CE)*.

³ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5)*, paragraphe 36, cité dans le rapport *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE (article 21:5 – CE)*, paragraphe 7.35.

7. Il conviendrait toutefois de souligner que le mandat général d'un groupe spécial de la mise en conformité ne doit pas être interprété comme offrant une deuxième chance à la partie plaignante d'engager une nouvelle procédure. Par conséquent, le présent Groupe spécial de la mise en conformité doit trouver un juste équilibre entre le règlement rapide du différend et les préoccupations en matière de régularité de la procédure lorsqu'il détermine le champ de son examen.

RELATION ENTRE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC ET L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

8. L'OMC n'empêche pas un Membre de poursuivre ses objectifs légitimes de politique générale, par exemple le droit de savoir des consommateurs, la sécurité et la protection de la vie ou de la santé des personnes, de la vie ou de la santé des animaux ou la préservation des végétaux. En outre, l'OMC laisse une marge de manœuvre additionnelle à ses Membres au moyen des exceptions de l'article XX du GATT. Toutefois, l'OMC n'autorise cette marge de manœuvre que si le Membre s'acquitte des droits et obligations qu'il a contractés au titre des Accords de l'OMC. L'OMC maintient par conséquent un juste équilibre entre la marge de manœuvre laissée à un Membre et l'objet et le but des Accords de l'OMC.

9. Comme le montre le présent différend, l'Accord OTC autorise un Membre à poursuivre ses objectifs de politique générale, au moyen d'une mesure discriminatoire, uniquement si cette mesure découle de la distinction réglementaire légitime. Toutefois, comme le concept – la discrimination – se retrouve à la fois à l'article 2.1 de l'Accord OTC et à l'article III:4 du GATT de 1994, la question de la relation précise entre les deux dispositions pour l'interprétation et l'application du concept de discrimination a souvent été soulevée.

10. Étant donné le deuxième considérant de son préambule – "[d]ésireux de favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994" –, l'Accord OTC semble être un instrument plus spécifique qui traite des règlements techniques des Membres de l'OMC, alors que le GATT de 1994 englobe des mesures plus larges. De plus, le critère à appliquer pour déterminer l'existence d'une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC est différent du critère à appliquer pour déterminer l'existence d'une violation de l'article III:4 du GATT de 1994. De ce fait, il se peut qu'une mesure discriminatoire au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 puisse être justifiée au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Bien que l'article XX du GATT de 1994 prévoit effectivement certaines exceptions, le fait que la portée de cet article peut être plus étroite que celle de l'article 2.1 de l'Accord OTC parce que les deux accords portent sur un domaine différent des questions commerciales a fait l'objet de nombreux débats.

11. Compte tenu de l'évolution rapide des technologies et de l'accroissement des obstacles non tarifaires qui en résulte du fait de l'application de mesures OTC, la Corée a l'honneur de demander que le présent Groupe spécial de la mise en conformité fournisse des indications sur la relation entre l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT de 1994.

12. La Corée termine ainsi sa déclaration orale et vous remercie.

ANNEXE C-8**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE****I. INTRODUCTION**

1. Dans sa communication, la Nouvelle-Zélande présente des observations sur ce qui constitue la "mise en conformité" au regard de l'article 21 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le Mémoire d'accord), la nature de la discrimination *de facto* au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le GATT) et de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'Accord OTC) et l'interprétation du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994.

II. MÉMOIRE D'ACCORD: UNE MESURE PRISE POUR SE CONFORMER DOIT ÊTRE MISE EN ŒUVRE

2. La Nouvelle-Zélande relève l'allégation du Mexique selon laquelle les États-Unis se sont en fait "octroyé" eux-mêmes unilatéralement une nouvelle prorogation du délai raisonnable pour la mise en œuvre en n'appliquant pas la mesure qu'ils avaient introduite aux fins de se mettre en conformité" dans un délai de grâce de six mois visant à "éduquer et sensibiliser", durant lequel la mesure était juridiquement en vigueur mais où il n'apparaît pas qu'elle ait été pleinement mise en œuvre.¹ La Nouvelle-Zélande s'inquiète des importantes implications systémiques pour le processus de règlement des différends s'il est constaté que la mise en conformité est accomplie lorsqu'un Membre annonce simplement qu'il appliquera les règles à l'avenir. Cela devrait être vivement découragé. La compatibilité avec les obligations dans le cadre de l'OMC doit supposer le respect tant en droit qu'en fait.

3. Ainsi qu'il est indiqué dans l'article 21:1 du Mémoire d'accord, il est indispensable de "donner suite dans les moindres délais" aux recommandations et décisions de l'ORD pour que les différends soient résolus efficacement. Le Mémoire d'accord reconnaît qu'il ne sera peut-être pas possible de le faire dans toutes les circonstances mais il exige que les Membres se conforment dans un délai raisonnable déterminé selon l'article 21:3. La Nouvelle-Zélande affirme que tous délais de grâce devraient être pris en considération dans la détermination du délai raisonnable lui-même. Le Membre demandant le délai de grâce pourrait faire état de cette préoccupation lorsqu'il cherche à convenir d'un délai raisonnable avec le ou les Membres plaignants ou pendant une procédure d'arbitrage au titre de l'article 21:3 c).²

III. NATURE DE LA DISCRIMINATION DE FACTO AU TITRE DU GATT ET DE L'ACCORD OTC

4. Fondamentalement, les obligations du traitement national et de la nation la plus favorisée qui sont énoncées aux articles I:1 et III:4 du GATT et à l'article 2.1 de l'Accord OTC intéressent la non-discrimination. L'Organe d'appel a expliqué que la discrimination au titre de ces articles n'était pas limitée à la discrimination *de jure* mais couvrirait aussi la discrimination *de facto*.³ Il apparaît que les parties sont en désaccord au sujet de la mesure dans laquelle une mesure qui est neutre

¹ Première communication écrite du Mexique, 8 avril 2014, paragraphe 99.

² Voir la Décision de l'arbitre Corée – Taxes sur les boissons alcooliques – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 juin 1999, paragraphe 47, dans laquelle l'arbitre a indiqué qu'un délai de grâce de 30 jours était requis pour la mise en œuvre de certaines mesures en droit coréen et a inclus ce délai additionnel après la promulgation des modifications de la législation dans le délai raisonnable.

³ Rapport de l'Organe d'appel Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000, paragraphe 78; rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle, WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012 (États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle), paragraphe 181; rapports de l'Organe d'appel Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, adoptés le 18 juin 2014 (CE – Produits dérivés du phoque), paragraphe 5.101.

quant à l'origine d'après son libellé, de sorte que tout Membre pourrait choisir de satisfaire aux conditions qu'elle requiert, peut néanmoins être discriminatoire *de facto*.

5. Dans sa première communication écrite, le Mexique allègue que la mesure modifiée accorde un traitement moins favorable aux produits importés qu'aux produits nationaux similaires, ce qui est contraire à l'obligation énoncée à l'article III:4 puisque:

... le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté que la plupart des thons capturés par des navires mexicains, qui [étaient] capturés dans l'ETP par encerclement des dauphins, n'auraient pas le droit d'être contenus dans un produit *Dolphin Safe* au titre des dispositions des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe*, alors que la plupart du thon capturé par les navires des États-Unis [était] susceptible d'avoir le droit d'utiliser le label.⁴

6. En revanche, les États-Unis affirment ce qui suit:

La mesure modifiée ne comporte aucune exception – les prescriptions en matière d'admissibilité s'appliquent à tous les produits du thon. Ces prescriptions sont liées aux méthodes de pêche, ce qui ne constitue pas une condition immuable. Tout Membre peut produire des produits du thon non admissibles une année et des produits admissibles l'année suivante, selon les choix différents faits par sa flotte d'une année sur l'autre.⁵

7. La Nouvelle-Zélande ne formule pas d'observation sur le point de savoir s'il y a discrimination *de facto* en l'espèce mais souhaiterait faire quelques remarques d'ordre général. Elle note que l'Organe d'appel a formulé les observations suivantes sur la discrimination *de facto* au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans la procédure initiale:

Il apparaît que, dans son analyse, le Groupe spécial juxtapose des facteurs qui ont un "rapport avec la nationalité du produit" et d'autres facteurs tels que les "pratiques de pêche et d'achat, ... l'emplacement géographique, ... l'intégration relative des différents segments de la production, et [les] choix économiques et choix de commercialisation". Ce faisant, il semble avoir supposé, à tort à notre avis, que les distinctions réglementaires qui sont fondées sur des "pratiques de pêche" ou un "emplacement géographique" différents plutôt que sur l'origine nationale en soi ne peuvent pas être pertinentes pour l'évaluation de la compatibilité d'une mesure particulière avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Il est difficile de concilier l'approche adoptée par le Groupe spécial avec le fait qu'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.⁶

8. Comme l'Organe d'appel, la Nouvelle-Zélande estime qu'il peut y avoir discrimination *de facto* lorsqu'une distinction réglementaire est fondée sur des questions autres que l'origine nationale ou des caractéristiques ayant un rapport intrinsèque avec l'origine. Elle met en garde contre une approche qui restreindrait la discrimination *de facto* aux cas dans lesquels la distinction pertinente est intrinsèquement liée à l'origine. Réduire de cette manière le champ de la discrimination *de facto* au titre du GATT et de l'Accord OTC limiterait considérablement l'effectivité de l'une des obligations fondamentales énoncées dans les règles de l'OMC. Le fait qu'un Membre pourrait théoriquement respecter des conditions ou pourrait théoriquement accéder à un avantage ne constitue pas une réponse automatique ou complète à une allégation de discrimination. Une évaluation relative à la non-discrimination devrait continuer d'être axée sur la question de savoir si la mesure attaquée modifie les conditions de concurrence du marché pertinent au regard de l'article III:4 du GATT et de l'article 2.1 de l'Accord OTC⁷ et si un avantage a été accordé,

⁴ Première communication écrite du Mexique, paragraphe 329. (note de bas de page omise)

⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 312.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012 (*États-Unis – Thon II (Mexique)*), paragraphe 225.

⁷ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.116 et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 237.

immédiatement et sans condition, aux produits similaires originaires ou à destination du territoire d'autres Membres en vertu de l'article I:1.⁸

IV. "TRAITEMENT NON MOINS FAVORABLE"

A. Article 2.1 de l'Accord OTC

9. L'Organe d'appel a précisé qu'une évaluation du "traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC exigeait des groupes spéciaux qu'ils évaluent si le règlement technique modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits importés par rapport aux produits nationaux similaires ou aux produits importés similaires en provenance d'un autre pays. Toutefois, une constatation d'effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence n'est pas déterminante pour l'existence d'un "traitement moins favorable" au titre de l'article 2.1.⁹ L'Organe d'appel a précisé qu'une distinction réglementaire qui n'était pas conçue de manière impartiale ne serait pas légitime.¹⁰ Pour déterminer si une distinction réglementaire est impartiale, les groupes spéciaux ont reçu pour instruction de prendre en considération "la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique en cause".¹¹ La Nouvelle-Zélande estime que l'examen de ces aspects devrait être centré sur la raison d'être de la distinction réglementaire ou l'objectif qu'elle cherche à atteindre et analyser cet élément au regard de l'objectif de la mesure considérée dans son ensemble.

10. En l'espèce, l'évaluation de l'impartialité supposerait de prendre en considération la raison d'être de la distinction établie par les États-Unis entre les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans les eaux tropicales du Pacifique Est et le thon pêché par d'autres méthodes dans d'autres régions océaniques. La Nouvelle-Zélande estime que le Groupe spécial devrait examiner si cette raison d'être est compatible avec l'objectif global visé par la mesure modifiée relative à la sécurité des dauphins. Par exemple, la distinction contribue-t-elle ou fait-elle obstacle à l'objectif, qui est la sécurité des dauphins? L'admissibilité au bénéfice du label est-elle adaptée aux différents niveaux de risques concernant la sécurité des dauphins qui découlent des différentes méthodes de pêche? En d'autres termes, la raison d'être de la distinction est-elle incompatible avec l'objectif global visé par la mesure?

B. Article III:4 du GATT de 1994

11. Il apparaît qu'il y a un certain désaccord entre les parties sur la question de savoir si le but de la mesure est pertinent pour évaluer si cette mesure accorde un "traitement non moins favorable" aux produits importés qu'aux produits nationaux. Les États-Unis donnent à penser que le but et la nature d'une mesure devraient être évalués dans le cadre de l'analyse au titre de l'article III:4. Ils affirment que faire autrement "condamnerait nombre de mesures légitimes et véritablement non discriminatoires"¹² à l'incompatibilité avec l'article III:4 du GATT.

12. L'exclusion de la nature et du but de la mesure d'une analyse au titre de l'article III:4 devrait être considérée, non pas isolément, mais dans le contexte des prescriptions de cette disposition prise dans son ensemble. L'analyse relative au "traitement non moins favorable" comporte un certain nombre d'éléments: pour qu'il y ait infraction, la mesure en cause doit "modifier les conditions de concurrence" au détriment des produits importés¹³; et il doit exister

⁸ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.86.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182, tel qu'il a été suivi dans les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215 et les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptés le 23 juillet 2012 (*États-Unis – EPO*), paragraphe 271.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182, tel qu'il a été suivi dans les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182, tel qu'il a été suivi dans les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

¹² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 142.

¹³ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.101 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 179; au rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines*, WT/DS371/AB/R, adopté le 15 juillet 2011 (*Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*), paragraphe 128; et au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001, paragraphe 137).

une "véritable relation" entre tout effet défavorable et la mesure en cause.¹⁴ L'article III:4 n'empêche pas les Membres de réglementer dans l'intérêt public, y compris en traitant différemment les produits importés et les produits nationaux. Toutefois, il impose des disciplines sur la façon dont les Membres réglementent afin de protéger l'égalité des conditions de concurrence pour les produits similaires et les produits importés. Les Membres peuvent réglementer afin de traiter différemment les produits nationaux et les produits importés, tant que cette différence n'affecte pas de manière préjudiciable les conditions de concurrence pour les produits importés. En outre, il n'y aura infraction à l'article III:4 que si cet effet préjudiciable est imputable à la mesure elle-même parce qu'il existe une "véritable relation" entre la mesure et l'effet préjudiciable. Les exceptions énoncées dans l'article XX du GATT accordent aux Membres la liberté supplémentaire de réglementer en vue d'atteindre les objectifs de politique publique indiqués dans les paragraphes énumérés dans cet article.

13. La Nouvelle-Zélande ne croit donc pas qu'exclure la nature et le but de la mesure d'un examen du "traitement non moins favorable" au titre de l'article III:4 restreindrait le droit d'un Membre de réglementer en vue d'atteindre des objectifs légitimes comme les États-Unis le donnent à entendre.

14. La Nouvelle-Zélande note aussi qu'un certain nombre de tierces parties ont formulé des observations sur les critères différents au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT¹⁵ et du risque que des constatations contradictoires soient formulées au titre de ces deux articles si la nature et le but d'une mesure étaient exclus de l'analyse au titre de l'article III:4.¹⁶ Cela pourrait arriver parce que l'article XX du GATT contient une liste fermée d'objectifs, alors que tout objectif recherché par une distinction réglementaire est potentiellement pertinent au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Une distinction réglementaire qui cherche à atteindre un objectif qui n'est pas énuméré à l'article XX pourrait donc théoriquement être compatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et incompatible avec l'article III:4.

15. Il est donc très probable qu'un résultat incohérent puisse apparaître dans les cas où l'objectif visé par une distinction réglementaire ne relèvera pas des exceptions énumérées à l'article XX. Cela n'est pas la situation en l'espèce, où les États-Unis ont invoqué les exceptions énoncées dans l'article XX b) et XX g). En tout état de cause, la Nouvelle-Zélande est d'avis qu'il est peu probable que l'incohérence potentielle entre l'article 2.1 et l'article III:4 soit résolue du point de vue de la stricte interprétation du droit. Nous nous référons à la déclaration faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque* selon laquelle "[s]'il y a un déséquilibre perçu dans les droits et obligations existants au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994, il appartient aux Membres de l'OMC de remédier à ce déséquilibre".¹⁷

¹⁴ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.101 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 270, qui cite le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 457 relative au paragraphe 214, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 134).

¹⁵ Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphes 43 à 46, communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphes 10 à 15 et communication de la Norvège en tant que tierce partie, paragraphes 9 et 10.

¹⁶ Communication du Japon en tant que tierce partie, paragraphes 11 à 13.

¹⁷ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.129.

ANNEXE C-9**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA NORVÈGE
EN TANT QUE TIERCE PARTIE*****I. INTRODUCTION**

1. La Norvège se félicite d'avoir la possibilité d'être entendue et de présenter ses vues en tant que tierce partie dans la présente procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

2. La Norvège n'abordera pas toutes les questions sur lesquelles il y a un désaccord entre les parties au différend. En fait, dans la présente communication écrite, elle se limitera à examiner certains aspects de l'interprétation de l'article III:4 du GATT de 1994.

II. ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994**A. Introduction**

3. La partie pertinente de l'article III:4 du GATT de 1994 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.

4. Le Mexique et les États-Unis sont en désaccord sur le point de savoir si la mesure modifiée concernant le thon¹ ne soumet pas les produits du thon mexicains à un "traitement moins favorable que le traitement accordé" aux produits du thon similaires des États-Unis. En ce qui concerne le critère juridique, il semble que le désaccord porte principalement sur la question de savoir si la raison d'être fondamentale – la base – à partir de laquelle le Membre réglemente doit faire partie de l'examen lorsque l'on évalue le "traitement moins favorable" au titre de l'article III:4 du GATT de 1994², ou s'il suffit de démontrer que la mesure "a un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les produits ... importés ... par rapport aux produits ... nationaux".³ Par conséquent, il semble que les parties soient en désaccord sur la question de savoir s'il est ou non nécessaire d'évaluer si l'effet préjudiciable "dénote une discrimination à l'encontre des produits importés similaires, y compris [s'il est nécessaire] "d'examiner en plus" si l'effet préjudiciable est lié à l'origine étrangère du produit".⁴

5. La Norvège ne prend pas position sur les faits du différend, mais présentera aux paragraphes suivants ses points de vue sur l'interprétation juridique de ce que constitue un "traitement moins favorable" au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

B. Traitement moins favorable

6. On trouve plusieurs rapports antérieurs de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans lesquels l'expression "traitement moins favorable" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 a été interprétée. Dans l'affaire *UE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a été d'avis que "les propositions suivantes [étaient] bien établies" du fait de ces précédents rapports:

* La Norvège a demandé à ce que sa communication en tant que tierce partie tienne lieu de résumé analytique.

¹ La mesure est décrite dans les communications des parties; voir la première déclaration écrite du Mexique, partie II, et la première communication écrite des États-Unis, partie II.A.

² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 304.

³ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 219.

⁴ Deuxième communication écrite du Mexique, paragraphe 219.

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 de la question 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 une incidence préjudiciable sur les conditions de concurrence des produits importés similaires, une telle incidence 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.⁵

7. L'article III:4 s'applique à la discrimination *de jure* et à la discrimination *de facto*.⁶ Lorsqu'il examine des allégations de discrimination *de facto*, le Groupe spécial "doit prendre en considération "la totalité des faits et circonstances qui sont portés à sa connaissance", et évaluer toutes "conséquences" pour les conditions de concurrence "qui ressortent de la conception, de la structure et du fonctionnement attendu de la mesure".⁷ L'évaluation doit être fondée sur une analyse détaillée de la mesure contestée et de ses conséquences sur le marché.⁸

8. L'Organe d'appel a été d'avis que des distinctions pouvaient être établies entre les produits importés et les produits nationaux similaires sans qu'un traitement moins favorable soit nécessairement accordé aux produits importés. Toutefois, il y a un stade où le traitement différencié des produits importés et des produits nationaux similaires équivaut à un "traitement moins favorable" au sens de l'article III:4.⁹ Selon l'Organe d'appel, tel est le cas lorsque les différences de réglementation faussent les conditions de concurrence au détriment des produits importés. Dans cette situation, "le traitement différencié équivaudra à un traitement moins favorable au sens de l'article III:4".¹⁰ Examiner en plus la raison d'être ou la justification des différences de réglementation n'est pas nécessaire pour établir une constatation de l'existence d'une violation de l'article III:4 du GATT de 1994.

9. Il y a lieu de noter que le critère juridique permettant d'évaluer si le "traitement" n'est pas "moins favorable" au regard de l'article III:4 du GATT de 1994 est différent de l'interprétation juridique de l'expression identique qui figure à l'article 2.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC). Dans le cadre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, l'analyse juridique comporte une deuxième étape, en plus de l'examen de la question de savoir si la mesure contestée modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits importés. Cette étape supplémentaire suppose d'examiner si l'effet préjudiciable (lorsqu'il est constaté) peut être expliqué par le fait qu'il découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Comme nous l'avons expliqué plus haut et comme l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *UE – Produits dérivés du phoque*, cette deuxième étape n'est pas prescrite par l'article III:4 du GATT de 1994:

Nous n'estimons pas ... que, aux fins d'une analyse au titre de l'article III:4, un groupe spécial soit tenu d'examiner si l'incidence préjudiciable d'une mesure sur les

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.101. (notes de bas de page omises)

⁶ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 8.159.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 269. (notes de bas de page omises)

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 215.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.109.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 128.

possibilités de concurrence des produits importés similaires découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.¹¹

10. La différence entre les critères juridiques de l'article III:4 du GATT et de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est due aux "différences contextuelles immédiates" entre l'*Accord OTC* et le GATT de 1994.¹² Au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, toute justification de la distinction réglementaire causant l'effet préjudiciable peut être prise en considération compte tenu des exceptions énoncées dans cet accord, notamment à l'article XX. L'*Accord OTC* ne contient pas de disposition concernant des exceptions générales similaire à celle du GATT de 1994. En fait, le sixième considérant du préambule de l'*Accord OTC* indique qu'un Membre a le droit d'adopter les mesures nécessaires à la réalisation de certains objectifs de politique légitimes, à condition qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, soit une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions de l'Accord.¹³ Dans ce contexte, l'Organe d'appel a expliqué que, au titre de l'article 2.1, si une distinction réglementaire a un effet préjudiciable sur les importations, le Groupe spécial peut évaluer sa légitimité au regard de l'article 2.1 lui-même.¹⁴

III. CONCLUSION

11. La Norvège a l'honneur de demander au Groupe spécial de tenir compte des considérations qui précèdent.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.117.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.125.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 109.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 109.

ANNEXE C-10**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA NORVÈGE
À LA RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL*****I. INTRODUCTION**

1. La Norvège se félicite de l'occasion qui lui est donnée de présenter ses vues sur les questions soulevées dans la présente procédure du Groupe spécial.

2. Dans sa déclaration écrite, la Norvège a traité certains aspects de l'interprétation de l'article III:4 du GATT de 1994. Nous ne répèterons pas ces arguments ici. Nous souhaiterions plutôt attirer l'attention du Groupe spécial sur deux questions pertinentes pour l'interprétation de l'article 2.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC).

3. Le critère juridique permettant d'établir l'existence d'une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC implique une constatation de traitement moins favorable, qui implique à son tour une analyse en deux étapes. Premièrement, le plaignant doit établir que le règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché du Membre qui régit au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux ou autres produits étrangers.¹ Deuxièmement, il faut montrer que l'effet préjudiciable sur les produits importés ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.² Les deux questions sur lesquelles nous présenterons des observations aujourd'hui concernent la deuxième étape.

II. CHAMP DE L'ANALYSE

4. La première question que nous traiterons est la suivante: quel est le champ de l'analyse du Groupe spécial lorsqu'il détermine si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. De l'avis des États-Unis, le champ devrait se limiter aux aspects de la mesure constituant la distinction réglementaire.³ La Norvège pense comme le Canada que l'approche proposée par les États-Unis n'est pas conforme au critère énoncé dans la jurisprudence.⁴

5. Dans de précédentes affaires concernant l'Accord OTC, l'Organe d'appel a conclu qu'"un groupe spécial [devait] 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".⁵

6. En d'autres termes, alors que la distinction réglementaire qui explique l'effet préjudiciable sera bien entendu au centre de l'examen, le Groupe spécial doit aller plus loin lorsqu'il procède à son analyse. De fait, conformément à ce qu'a indiqué l'Organe d'appel, plutôt que d'effectuer un examen limité aux seules parties de la mesure constituant la distinction réglementaire, le Groupe spécial doit procéder à une évaluation approfondie, au cas par cas, des différents éléments du règlement technique. Dans sa détermination concernant le point de savoir si l'effet préjudiciable dénote une discrimination en violation de l'article 2.1, le Groupe spécial doit minutieusement examiner les principes de base généraux du règlement technique tel qu'il est conçu et appliqué, et l'impartialité de la mesure prise dans son ensemble.

* La Norvège a demandé que sa déclaration orale serve de résumé analytique.

¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 180.

² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 181 et 182.

³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 191 et 222.

⁴ Communication du Canada en tant que tierce partie, paragraphe 10.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182.

III. CRITÈRE POUR DÉTERMINER SI L'EFFET PRÉJUDICIABLE DÉCOULE EXCLUSIVEMENT OU NON D'UNE DISTINCTION RÉGLEMENTAIRE LÉGITIME

7. La deuxième question sur laquelle nous voudrions formuler quelques observations concerne le point de savoir quel *critère* devrait être appliqué pour déterminer si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Dans la dite trilogie des affaires OTC, l'Organe d'appel a indiqué que la question pertinente à se poser pour faire cette détermination était celle de savoir si la distinction réglementaire était conçue et appliquée d'une manière impartiale ou si elle manquait d'impartialité, par exemple parce qu'elle était conçue ou appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable.⁶

8. Dans sa première communication écrite, le Mexique reconnaît cela mais indique en outre que le Groupe spécial *UE – Phoques* a exposé l'élaboration la plus récente du critère à appliquer pour analyser la légitimité de la distinction réglementaire.⁷ Ce critère comportait trois étapes; l'"étape 1", consistant à examiner le lien rationnel entre la distinction et l'objectif de la mesure; l'"étape 2", consistant à examiner si une distinction qui n'est pas par ailleurs rationnellement liée à l'objectif peut être justifiée par une autre "raison d'être"; et l'"étape 3", consistant à examiner si la distinction est appliquée d'une manière impartiale.⁸

9. De l'avis de la Norvège, les trois étapes énoncées par le Groupe spécial dans l'affaire *UE – Phoques* ne rendent pas dûment compte du cadre analytique élaboré dans les précédentes affaires concernant l'Accord OTC. En particulier, le critère adopté par le Groupe spécial *UE – Phoques* semble aller à l'encontre de la jurisprudence antérieure lorsqu'il établit des examens distincts (étapes 1 et 2) de l'objectif de politique générale de la mesure ou d'autres justifications de la distinction réglementaire. Dans les affaires précédentes, l'examen de la question de savoir s'il y avait un lien rationnel entre l'objectif de politique générale et la distinction réglementaire ou, en l'absence d'un tel lien rationnel, s'il existait d'autres raisons impérieuses expliquant la distinction réglementaire a fait partie intégrante de l'analyse de l'impartialité. De fait, cet examen a joué un rôle important dans l'analyse de l'impartialité tant dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* que dans l'affaire *États-Unis – EPO*.

10. Le cadre analytique sur lequel l'Organe d'appel s'est appuyé à cet égard n'est pas le même que celui qui a été utilisé dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994. La nécessité de procéder à des analyses indépendantes au titre de ces deux dispositions a été confirmée récemment par l'Organe d'appel dans l'affaire *UE – Phoques*.⁹ Dans le même temps, toutefois, l'Organe d'appel a souligné qu'il existait "des parallèles importants entre les analyses" devant être appliquées au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.¹⁰ Compte tenu de cela, l'analyse de l'impartialité au titre de l'article 2.1 peut être éclairée par la jurisprudence relative à l'interprétation des termes "discrimination arbitraire et injustifiable" au regard du texte introductif de l'article XX. Cela étaye notre point de vue selon lequel l'évaluation des objectifs de politique générale identifiés ou d'autres justifications de la distinction doit avoir lieu *dans le cadre* de l'analyse de l'impartialité au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

11. Monsieur le Président, Madame et Monsieur les membres du Groupe spécial, c'est ainsi que s'achève la déclaration de la Norvège.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182 et rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

⁷ Voir la première communication écrite du Mexique, paragraphe 240. L'Organe d'appel dans l'affaire *UE – Phoques* a constaté que la mesure dans cette affaire n'était pas un règlement technique et a déclaré "sans fondement et sans effet juridique" les constatations et conclusions formulées par le Groupe spécial en ce qui concerne l'Accord OTC, y compris ce critère particulier.

⁸ Rapports du Groupe spécial *UE – Phoques*, paragraphes 7.259 et 7.328.

⁹ Rapports de l'Organe d'appel *UE – Phoques*, paragraphe 5.313.

¹⁰ Rapports de l'Organe d'appel *UE – Phoques*, paragraphe 5.310.