



**INDE – CERTAINES MESURES RELATIVES AUX
CELLULES SOLAIRES ET MODULES SOLAIRES**

AB-2016-3

Rapport de l'Organe d'appel

Table des matières

1 INTRODUCTION	7
2 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS	10
3 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS.....	10
4 QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL	10
5 ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL	11
5.1 Article III:8 a) du GATT de 1994	11
5.1.1 Constatations du Groupe spécial	12
5.1.2 Allégations de l'Inde en appel.....	15
5.1.3 Champ d'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994.....	17
5.1.4 Contestation de l'Inde visant l'approche suivie par le Groupe spécial pour les allégations de l'Inde au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994.....	20
5.1.5 Conclusion	25
5.1.6 Éléments restants dans le cadre de l'article III:8 a) du GATT de 1994	25
5.2 Article XX j) du GATT de 1994 – "pénurie générale ou locale"	26
5.2.1 Constatations du Groupe spécial	27
5.2.2 Allégations de l'Inde en appel.....	29
5.2.3 Critère juridique au titre de l'article XX j) du GATT de 1994	30
5.2.4 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les cellules et modules solaires n'étaient pas des produits pour lesquels se faisait sentir une pénurie en Inde.....	36
5.2.5 Question de savoir si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en examinant les arguments et les éléments de preuve de l'Inde concernant la capacité de production nationale	39
5.2.6 Conclusion	40
5.3 Article XX d) du GATT de 1994	41
5.3.1 Constatations du Groupe spécial	42
5.3.2 Critère juridique au titre de l'article XX d) du GATT de 1994.....	45
5.3.3 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation des instruments nationaux indiqués par l'Inde	48
5.3.4 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation des instruments internationaux indiqués par l'Inde	55
5.3.5 Conclusion	59
5.4 "Caractère essentiel" et "nécessité" au regard de l'article XX j) et XX d) ainsi que du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994	60
5.5 Opinion séparée exprimée par un membre de l'Organe d'appel.....	61
6 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS.....	63
6.1 Article III:8 a) du GATT de 1994	63
6.2 Article XX j) du GATT de 1994.....	64
6.3 Article XX d) du GATT de 1994	65

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Abréviation	Désignation
Accord sur les MIC	Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce
Accord sur l'OMC	Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce
c-Si	silicium cristallin
GATT de 1994	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994
Groupe spécial	le Groupe spécial dans la présente affaire
Loi de 2003 sur l'électricité	Parliament of India, The Electricity Act, 2003 [No. 36 of 2003] (26 May 2003) (pièce USA-20 présentée au Groupe spécial)
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
Mesures PTEN	Prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux imposées dans le cadre de la phase I (tranche 1), de la phase I (tranche 2), et de la phase II (tranche 1-A) de la Mission solaire nationale indienne Jawaharlal Nehru
Mission solaire nationale ou NSM	Mission solaire nationale Jawaharlal Nehru
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
Plan national d'action sur le changement climatique	Government of India, <i>National Action Plan on Climate Change</i> (June 2008) (pièce IND-2 présentée au Groupe spécial)
Plan national sur l'électricité	Government of India, Ministry of Power, Central Electricity Authority, <i>National Electricity Plan</i> , Vol. 1 – Generation (January 2012) (pièce IND-16 présentée au Groupe spécial)
Politique nationale en matière d'électricité	Government of India, Ministry of Power, <i>National Electricity Policy</i> , Resolution No. 23/40/2004-R&R (Vol. II) (12 February 2005) (pièce IND-14 présentée au Groupe spécial)
Procédures de travail	Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/6, 16 août 2010
PV	photovoltaïque
Rapport du Groupe spécial	rapport du Groupe spécial <i>Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires</i> , WT/DS456/R

PIÈCES PRÉSENTÉES AU GROUPE SPÉCIAL CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Pièce(s) présentée(s) au Groupe spécial	Désignation
IND-2	Government of India, <i>National Action Plan on Climate Change</i> (June 2008)
IND-3	United Nations Framework Convention on Climate Change, done at New York, 9 May 1992, UN Treaty Series, Vol. 1771, p. 107
IND-14	Government of India, Ministry of Power, <i>National Electricity Policy</i> , Resolution No. 23/40/2004-R&R (Vol. II) (12 February 2005)
IND-16	Government of India, Ministry of Power, Central Electricity Authority, <i>National Electricity Plan</i> , Vol. 1 – Generation (January 2012)
IND-28	United Nations General Assembly Resolution A/RES/66/288 (adopted 27 July 2012) (Rio+20 Document: "The Future We Want")
IND-35	Rio Declaration on Environment and Development, adopted by the UN General Assembly in 1992
IND-36	G. Sundararajan v. Union of India and Others, 2013 (6) SCC 620 (extraits)
USA-4	Government of India, Ministry of New and Renewable Energy, Resolution No. 5/14/2008, Jawaharlal Nehru National Solar Mission (11 January 2010)
USA-20	Parliament of India, The Electricity Act, 2003 [No. 36 of 2003] (26 May 2003)

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Argentine – Services financiers</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services</i> , WT/DS453/AB/R et Add.1, adopté le 9 mai 2016
<i>Australie – Saumons</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Australie – Mesures visant les importations de saumons</i> , WT/DS18/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
<i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés</i> , WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007
<i>Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable / Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis</i> , WT/DS412/AB/R / WT/DS426/AB/R, adoptés le 24 mai 2013
<i>Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis</i>	Rapports du Groupe spécial <i>Canada – Certaines mesures affectant le secteur de la production d'énergie renouvelable / Canada – Mesures relatives au programme de tarifs de rachat garantis</i> , WT/DS412/R et Add.1 / WT/DS426/R et Add.1, adoptés le 24 mai 2013, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS412/AB/R / WT/DS426/AB/R
<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i> , WT/DS276/AB/R, adopté le 27 septembre 2004
<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i> , WT/DS276/R, adopté le 27 septembre 2004, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS276/AB/R
<i>Canada – Périodiques</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Certaines mesures concernant les périodiques</i> , WT/DS31/R, adopté le 30 juillet 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS31/AB/R
<i>CE – Éléments de fixation (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine</i> , WT/DS397/AB/R, adopté le 28 juillet 2011
<i>CE – Hormones</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
<i>CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, plainte des États-Unis</i> , WT/DS174/R, adopté le 20 avril 2005
<i>CE – Produits dérivés du phoque</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Communautés Européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque</i> , WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptés le 18 juin 2014

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
CE – Volailles	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles</i> , WT/DS69/AB/R, adopté le 23 juillet 1998
CEE – Pièces détachées et composants	Rapport du Groupe spécial du GATT <i>Communauté économique européenne – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants</i> , L/6657, adopté le 16 mai 1990, IBDD S37/142
Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles – Recours de l'Argentine à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS207/AB/RW, adopté le 22 mai 2007
Chine – Matières premières	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières</i> , WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012
Chine – Pièces automobiles	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles</i> , WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R, adoptés le 12 janvier 2009
Chine – Pièces automobiles	Rapports du Groupe spécial <i>Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles</i> , WT/DS339/R, Add.1 et Add.2 / WT/DS340/R, Add.1 et Add.2 / WT/DS342/R, Add.1 et Add.2, adoptés le 12 janvier 2009, confirmé (WT/DS339/R) et modifiés (WT/DS340/R / WT/DS342/R) par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R
Chine – Terres rares	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène</i> , WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptés le 29 août 2014
Chine – Terres rares	Rapports du Groupe spécial <i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène</i> , WT/DS431/R et Add.1 / WT/DS432/R et Add.1 / WT/DS433/R et Add.1, adoptés le 29 août 2014, confirmés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R
Colombie – Bureaux d'entrée	Rapport du Groupe spécial <i>Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée</i> , WT/DS366/R et Corr.1, adopté le 20 mai 2009
Colombie – Textiles	Rapport de l'Organe d'appel <i>Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures</i> , WT/DS461/AB/R et Add.1, adopté le 22 juin 2016
Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001
Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf	Rapport du Groupe spécial <i>Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée</i> , WT/DS161/R, WT/DS169/R, adopté le 10 janvier 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R
États-Unis – Acier au carbone (Inde)	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits plats en acier au carbone laminés à chaud en provenance d'Inde</i> , WT/DS436/AB/R, adopté le 19 décembre 2014
États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique</i> , WT/DS344/AB/R, adopté le 20 mai 2008
États-Unis – Acier laminé à chaud	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon</i> , WT/DS184/AB/R, adopté le 23 août 2001
États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)</i> , WT/DS353/AB/R, adopté le 23 mars 2012
États-Unis – Bois de construction résineux IV	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i> , WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004
États-Unis – Crevettes	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes</i> , WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
États-Unis – Essence	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules</i> , WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Jeux</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, et Corr.1
<i>États-Unis – Maintien de la réduction à zéro</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro</i> , WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009
<i>États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping visant certains produits en provenance de Chine</i> , WT/DS449/R et Add.1, adopté le 22 juillet 2014, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS449/AB/R
<i>États-Unis – Pneumatiques (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures affectant les importations de certains pneumatiques pour véhicules de tourisme et camions légers en provenance de Chine</i> , WT/DS399/AB/R, adopté le 5 octobre 2011
<i>États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon</i> , WT/DS244/AB/R, adopté le 9 janvier 2004
<i>États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier</i> , WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adopté le 10 décembre 2003
<i>Inde – Cellules solaires</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires</i> , WT/DS456/R et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 24 février 2016
<i>Japon – Boissons alcooliques II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1 ^{er} novembre 1996
<i>Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons</i> , WT/DS308/AB/R, adopté le 24 mars 2006
<i>Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons</i> , WT/DS308/R, adopté le 24 mars 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS308/AB/R
<i>Philippines – Spiritueux distillés</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Philippines – Taxes sur les spiritueux distillés</i> , WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, adoptés le 20 janvier 2012
<i>République dominicaine – Importation et vente de cigarettes</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur</i> , WT/DS302/AB/R, adopté le 19 mai 2005

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires

AB-2016-3

Section de l'Organe d'appel:

Van den Bossche, Président de section
Chang, Membre
Graham, Membre

Inde, *appelant*
États-Unis, *intimé*

Arabie saoudite, *participant tiers*
Brésil, *participant tiers*
Canada, *participant tiers*
Chine, *participant tiers*
Corée, *participant tiers*
Équateur, *participant tiers*
Japon, *participant tiers*
Malaisie, *participant tiers*
Norvège, *participant tiers*
Russie, *participant tiers*
Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu,
Kinmen et Matsu, *participant tiers*
Turquie, *participant tiers*
Union européenne, *participant tiers*

1 INTRODUCTION

1.1. L'Inde fait appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*¹ (rapport du Groupe spécial). Le Groupe spécial a été établi le 23 mai 2014 pour examiner une plainte déposée par les États-Unis² contre certaines prescriptions relatives à la teneur en éléments nationaux (mesures PTEN) imposées par l'Inde à des exploitants d'énergie solaire qui vendent de l'électricité à des organes gouvernementaux dans le cadre de la Mission solaire nationale Jawaharlal Nehru (NSM).³ Les mesures PTEN en cause exigent que certains types de cellules et modules solaires utilisés par les exploitants d'énergie solaire soient fabriqués en Inde.⁴

1.2. La NSM a été lancée par le gouvernement central indien en 2010 et vise à générer une puissance solaire installée de 100 000 mégawatts raccordée au réseau d'ici à 2022.⁵ L'objectif déclaré de la NSM est de "faire de l'Inde un leader mondial dans le domaine de l'énergie solaire en créant les conditions qui permettent de diffuser cette énergie le plus rapidement possible dans l'ensemble du pays".⁶ La NSM est mise en œuvre en plusieurs "phases" successives et chaque phase engagée à ce jour a ensuite été divisée en "tranches".

1.3. Les mesures PTEN dans la phase I (tranche 1), la phase I (tranche 2) et la phase II (tranche 1-A) sont toutes énoncées, reproduites, ou autrement reflétées dans une série de documents différents, y compris ce qu'il est convenu d'appeler les documents "*Directives*" et "*Demande de sélection*"⁷, l'accord type d'achat d'énergie et les accords d'achat d'énergie exécutés

¹ WT/DS456/R, 24 février 2016.

² Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis le 14 avril 2014, WT/DS456/5.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.1.

⁴ Les cellules solaires sont des dispositifs photovoltaïques (PV) qui sont des composants de modules solaires, également appelés panneaux solaires. La technologie solaire photovoltaïque transforme directement le rayonnement solaire en électricité.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1.

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1 (citant Government of India, Ministry of New and Renewable Energy, Resolution No. 5/14/2008, Jawaharlal Nehru National Solar Mission (11 January 2010) (pièce USA-4 présentée au Groupe spécial), paragraphe 2).

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8 et note de bas de page 81 y relative.

individuellement entre les organismes gouvernementaux indiens pertinents⁸ et les exploitants d'énergie solaire.⁹ Chaque accord d'achat d'énergie exécuté individuellement prévoit un tarif garanti sur une durée de 25 ans auquel l'électricité produite par l'exploitant d'énergie solaire sera achetée par le gouvernement central. Celui-ci revend l'électricité qu'il achète à des distributeurs en aval, qui la revendent à leur tour au consommateur final.¹⁰

1.4. Le Groupe spécial, ayant examiné tous les éléments de preuve fournis concernant chaque tranche, a procédé à son analyse étant entendu que, pour chaque tranche, la mesure en cause était la mesure PTEN reflétée ou incorporée dans les divers documents se rapportant à chaque tranche, lus conjointement d'une manière "globale".¹¹ Le Groupe spécial n'a donc pas traité les divers documents se rapportant à chaque tranche comme des mesures distinctes.¹²

1.5. Une PTEN obligatoire a été imposée aux exploitants d'énergie solaire participant à la phase I (tranches 1 et 2) et à la phase II (tranche 1-A) de la NSM. La portée et le champ d'application de la PTEN étaient toutefois différents dans les diverses tranches.¹³ Dans le cadre de la phase I (tranche 1), il était obligatoire, pour tous les projets reposant sur la technologie du silicium cristallin (c-Si), d'utiliser des modules c-Si fabriqués en Inde, alors que l'utilisation de cellules c-Si étrangères et de modules en couches minces étrangers ou de cellules photovoltaïques à concentration étrangères était autorisée.¹⁴ Dans le cadre de la phase I (tranche 2), il était obligatoire, pour tous les projets reposant sur la technologie c-Si, d'utiliser des cellules et modules c-Si fabriqués en Inde, alors que l'utilisation de modules nationaux ou étrangers issus des technologies des couches minces ou de cellules photovoltaïques à concentration était autorisée.¹⁵ Dans le cadre de la phase II (tranche 1-A), tous les cellules et modules solaires utilisés par les exploitants d'énergie solaire devaient être fabriqués en Inde, quel que soit le type de technologie utilisée.¹⁶

1.6. Les États-Unis ont allégué devant le Groupe spécial que les mesures PTEN imposées par l'Inde étaient incompatibles avec l'article III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994) et avec l'article 2:1 de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce (Accord sur les MIC). Ils ont en outre demandé au Groupe spécial de recommander que l'Inde rende ses mesures conformes à ses obligations dans le cadre de l'OMC conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord).¹⁷

1.7. L'Inde a demandé au Groupe spécial de constater que les mesures PTEN en cause n'étaient pas incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 ni avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC. Elle a en outre demandé au Groupe spécial de constater que la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994 était applicable aux mesures en cause en l'espèce. Au cas où le Groupe spécial constaterait que les mesures en cause sont incompatibles avec une quelconque des obligations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 ou de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC, l'Inde a demandé qu'il détermine qu'une telle incompatibilité serait justifiée au regard de l'article XX j) et/ou de l'article XX d) du GATT de 1994.¹⁸

⁸ Dans le cadre de la phase I (tranche 1) et de la phase I (tranche 2), Vidyut Vyapar Nigam Limited était l'organisme chargé de mener à bien le processus de sélection des projets de production d'énergie solaire. Dans le cadre de la phase II (tranche 1-A), la Solar Energy Corporation of India a été choisie pour remplir les mêmes fonctions. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.4)

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.2.

¹¹ En réponse à la demande de décision préliminaire présentée par l'Inde sur l'éventail des mesures en cause, les États-Unis ont confirmé que, s'agissant de la phase I (tranche 1), de la phase I (tranche 2) et de la phase II (tranche 1-A), les mesures en cause étaient seulement les PTEN spécifiques imposées au titre de chaque tranche et n'incluaient aucun autre élément de la NSM. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.22)

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.29 à 7.31.

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.7.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.9.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.10. Dans le cadre de la phase II (tranche 1-A), l'exploitant d'énergie solaire pouvait soumissionner pour un accord d'achat d'énergie au titre de la "partie A" (soumise à une PTEN), au titre de la "partie B" (non soumise à une PTEN), ou au titre des deux parties. Les États-Unis contestaient seulement la mesure PTEN imposée au titre de la partie A (*ibid.*)

¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.2.

1.8. Dans le rapport du Groupe spécial, distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) le 24 février 2016, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

- a. les mesures PTEN sont incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994¹⁹;
- b. les mesures PTEN ne sont pas visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994²⁰; et
- c. les mesures PTEN ne sont pas justifiées au regard des exceptions générales prévues à l'article XX j) ou à l'article XX d) du GATT de 1994.²¹

1.9. Le 20 avril 2016, l'Inde a notifié à l'Organe de règlement des différends (ORD), conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord, son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, et elle a déposé une déclaration d'appel²² et une communication d'appelant conformément à la règle 20 et à la règle 21, respectivement, des Procédures de travail pour l'examen en appel²³ (Procédures de travail).

1.10. Le 2 mai 2016, les États-Unis ont envoyé une lettre à la Section de l'Organe d'appel connaissant du présent appel pour demander une prorogation d'un jour du délai pour le dépôt de leur communication en tant qu'intimé dans le présent appel. Ils ont indiqué que leur communication en tant qu'intimé dans une autre procédure d'appel en cours, à savoir *États-Unis – Mesures antidumping et mesures compensatoires visant les gros lave-linge à usage domestique en provenance de Corée* (DS464), était aussi exigée pour le 9 mai 2016, c'est-à-dire le même jour que la date butoir pour le dépôt de leur communication en tant qu'intimé dans le présent appel. Faisant référence à la taille des appels dans ces deux différends, ils ont indiqué que leurs communications pourraient avoir une grande portée. Ils ont également évoqué le grand nombre de copies papier de leurs communications en tant qu'intimé à préparer pour les Sections et à signifier aux participants et participants tiers à ces deux appels. Les États-Unis ont donc demandé que le délai pour le dépôt de leur communication d'intimé dans le présent appel soit prorogé d'un jour, de sorte qu'il arrive à expiration le 10 mai 2016.

1.11. Le 3 mai 2016, la Section de l'Organe d'appel connaissant du présent appel a invité l'Inde et les tierces parties à formuler des observations au sujet de la demande des États-Unis. Elle n'a pas reçu d'objections concernant cette demande. La Norvège a dit que, si une suite favorable était donnée à la demande des États-Unis, le délai pour le dépôt des communications des participants tiers devrait aussi être prorogé pour faire en sorte que ces derniers puissent contribuer d'une manière éclairée et efficace à la procédure d'appel.

1.12. Le 4 mai 2016, la Section a rendu une décision procédurale, prorogeant le délai imparti aux États-Unis pour déposer leur communication d'intimé d'un jour, jusqu'au 10 mai 2016.²⁴ La Section a considéré que les raisons invoquées par les États-Unis, en particulier la nécessité pour eux de déposer des communications d'intimé dans deux procédures d'appel distinctes le même jour, étaient des facteurs pertinents pour son évaluation des "circonstances exceptionnelles, lorsque le strict respect d'un délai ... entraînerait une iniquité manifeste", conformément à la règle 16 2) des Procédures de travail. La Section a aussi noté que ni l'Inde, ni les tierces parties, n'avaient soulevé d'objections à la demande des États-Unis. De plus, afin de donner aux participants tiers suffisamment de temps pour incorporer les réactions suscitées par la communication d'intimé dans leurs communications de participants tiers, la Section a décidé, conformément à la règle 16 2) des Procédures de travail, de proroger le délai pour le dépôt des communications des participants tiers et des notifications des participants tiers jusqu'au 12 mai 2016.

1.13. Le 10 mai 2016, les États-Unis ont déposé leur communication d'intimé.²⁵ Le 12 mai 2016, le Brésil, le Japon et l'Union européenne ont chacun déposé une communication en tant que

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.a.

²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.a.

²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.b.

²² WT/DS456/9.

²³ WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

²⁴ Figurant à l'annexe D-1 de l'addendum du présent rapport (WT/DS456/AB/R/Add.1).

²⁵ Conformément à la règle 22 des Procédures de travail.

participant tiers.²⁶ Le même jour, l'Arabie saoudite, le Canada, la Chine, la Malaisie, la Norvège et la Russie ont notifié leur intention de comparaître à l'audience en tant que participant tiers.²⁷ Ultérieurement, le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, l'Équateur, la Corée et la Turquie ont chacun notifié leur intention de comparaître à l'audience en tant que participant tiers.²⁸

1.14. Dans une lettre datée du 17 juin 2016, le Président de l'Organe d'appel a informé le Président de l'ORD que l'Organe d'appel ne serait pas en mesure de distribuer son rapport dans le présent appel dans le délai de 60 jours prévu à l'article 17:5 du Mémoire d'accord, ni dans le délai de 90 jours prévu dans cette même disposition. Il a expliqué que cela était dû à plusieurs facteurs, y compris la charge de travail considérable de l'Organe d'appel en 2016, les problèmes de calendrier découlant du chevauchement dans la composition des sections connaissant des différents appels, le nombre et la complexité des questions soulevées dans la présente procédure et les procédures d'appel concomitantes, ainsi que la charge que cette situation représentait pour les services de traduction du Secrétariat de l'OMC, et le manque de personnel au Secrétariat de l'Organe d'appel.²⁹ Dans une lettre datée du 8 juillet 2016, le Président de l'Organe d'appel a informé le Président de l'ORD que le rapport de l'Organe d'appel concernant cette procédure serait distribué au plus tard le 16 septembre 2016.³⁰

1.15. L'audience dans le présent appel a eu lieu les 4 et 5 juillet 2016. Les participants et trois des participants tiers (Japon, Norvège et Union européenne) ont fait des déclarations orales liminaires et/ou finales. Les participants et participants tiers ont répondu aux questions posées par les Membres de la Section de l'Organe d'appel connaissant de l'appel.

2 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS

2.1. Les allégations et arguments des participants sont exposés dans les résumés analytiques de leurs communications écrites présentées à l'Organe d'appel.³¹ La déclaration d'appel et les résumés analytiques des communications écrites des participants figurent, respectivement, dans les annexes A et B de l'addendum du présent rapport.³²

3 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS

3.1. Les arguments du Brésil, du Japon et de l'Union européenne, en tant que participants tiers, sont exposés dans les résumés analytiques de leurs communications écrites présentées à l'Organe d'appel³³ et figurent à l'annexe C de l'addendum du présent rapport.³⁴

4 QUESTIONS SOULEVÉES DANS LE PRÉSENT APPEL

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

- a. s'agissant de l'article III:8 a) du GATT de 1994:

²⁶ Conformément à la règle 24 1) et à la règle 16 2) des Procédures de travail.

²⁷ Conformément à la règle 24 2) des Procédures de travail.

²⁸ Le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, l'Équateur, la Corée et la Turquie ont chacun communiqué au Secrétariat de l'Organe d'appel ainsi qu'aux participants et participants tiers au présent différend la liste de leurs délégations pour l'audience, les 28 juin, 30 juin, 30 juin et 29 juin 2016, respectivement. Aux fins du présent appel, nous avons interprété ces actions comme des notifications exprimant l'intention du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, de l'Équateur, de la Corée et de la Turquie d'assister à l'audience conformément à la règle 24 4) des Procédures de travail.

²⁹ WT/DS456/10.

³⁰ WT/DS456/11.

³¹ Conformément à la communication de l'Organe d'appel concernant les "Résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" et les "Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel". (WT/AB/23, 11 mars 2015)

³² WT/DS456/AB/R/Add.1.

³³ Conformément à la communication de l'Organe d'appel sur les "Résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" et les "Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel". (WT/AB/23, 11 mars 2015)

³⁴ WT/DS456/AB/R/Add.1.

- i. la question de savoir si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que les mesures PTEN en cause dans le présent différend n'étaient pas visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a) et que, par conséquent, l'Inde ne pouvait pas invoquer cette disposition pour exclure l'application de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC aux mesures PTEN; et
 - ii. si l'Organe d'appel infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994, la question de savoir si l'Organe d'appel peut compléter l'analyse juridique et constater qu'elles satisfont aux éléments juridiques restants dans le cadre de cette disposition;
- b. s'agissant de l'article XX j) du GATT de 1994:
- i. la question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article XX j), et au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord, en constatant que les cellules et modules solaires n'étaient pas des "produits pour lesquels se fai[sait] sentir une pénurie générale ou locale" en Inde et que, par conséquent, les mesures PTEN n'étaient pas justifiées au regard de l'article XX j); et
 - ii. si l'Organe d'appel infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle les cellules et modules solaires ne sont pas des "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" en Inde au sens de l'article XX j), la question de savoir si l'Organe d'appel peut compléter l'analyse juridique et constater que les mesures PTEN satisfont aux prescriptions concernant la justification provisoire au regard de l'article XX j) et satisfont aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994; et
- c. s'agissant de l'article XX d) du GATT de 1994:
- i. la question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article XX d) en constatant que les mesures PTEN n'étaient pas des mesures "pour assurer le respect des lois et règlements qui [n'étaient] pas incompatibles avec les dispositions du [GATT de 1994]" au sens de l'article XX d); et que, par conséquent, les mesures PTEN n'étaient pas justifiées au regard de cette disposition; et
 - ii. si l'Organe d'appel infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas des mesures "pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du [GATT de 1994]" au sens de l'article XX d), la question de savoir si l'Organe d'appel peut compléter l'analyse juridique et constater que les mesures PTEN satisfont aux prescriptions concernant la justification provisoire au regard de l'article XX d) et satisfont aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

5 ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL

5.1 Article III:8 a) du GATT de 1994

5.1. L'Inde fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas visées par la dérogation relative à l'acquisition par les pouvoirs publics prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994 parce que les pouvoirs publics indiens achètent de l'électricité et que la discrimination dans le cadre des mesures PTEN concerne les cellules et modules solaires.³⁵ Elle fait valoir que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ne procédant pas à une évaluation objective de la question dont il était saisi, y compris les arguments et les éléments de preuve connexes selon lesquels: i) les cellules et modules solaires ne pouvaient pas être distingués de la production d'énergie solaire; ii) les cellules et modules solaires pouvaient être qualifiés d'intrants pour la

³⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 35 a).

production d'énergie solaire; et iii) l'article III:8 a) ne pouvait pas être appliqué d'une manière étroite qui exigerait l'acquisition directe du produit acheté dans tous les cas.³⁶ L'Inde nous demande d'infirmier la constatation du Groupe spécial et de constater que les mesures PTEN sont visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a).³⁷

5.2. Dans le cas où nous constaterions que les mesures PTEN sont visées par la dérogation relative à l'acquisition par les pouvoirs publics prévue à l'article III:8 a), l'Inde demande aussi que nous complétions l'analyse juridique des éléments restants dans le cadre de cette disposition.³⁸ En particulier, elle nous demande de réaffirmer les constatations du Groupe spécial établissant que les mesures PTEN sont des lois, règlements et prescriptions "régissant" l'acquisition et que l'acquisition au titre des mesures PTEN est effectuée par des "organes gouvernementaux", et de constater que l'acquisition au titre des mesures PTEN porte sur des produits achetés "pour les besoins des pouvoirs publics" et "non pas pour être revendus dans le commerce".³⁹

5.3. Nous commençons par résumer les constatations du Groupe spécial et les questions dont il est fait appel. Nous examinons ensuite l'interprétation de l'article III:8 a) du GATT de 1994, avant de passer à l'examen de l'analyse du Groupe spécial qui est contestée par l'Inde en appel.

5.1.1 Constatations du Groupe spécial

5.4. Le Groupe spécial a commencé par examiner les prescriptions énoncées dans le texte de l'article III:8 a) du GATT de 1994 pour qu'une mesure soit exemptée des obligations en matière de traitement national prévues à l'article III:4 du GATT de 1994 et à l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC.⁴⁰ Il a fait observer que, outre ces facteurs, il y avait une "question liminaire" concernant l'applicabilité de l'article III:8 a) à l'égard des "produits achetés" au titre des mesures PTEN.⁴¹ Pour le Groupe spécial, il s'agissait du facteur "déterminant" de l'analyse de l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, et la pertinence, ou la dissociabilité, des constatations et du raisonnement de l'Organe d'appel dans ces affaires a constitué un point de désaccord fondamental entre les parties au cours de la procédure du Groupe spécial en l'espèce.⁴² Le Groupe spécial a noté à cet égard que l'Organe d'appel avait délimité l'applicabilité de l'article III:8 a) "selon que les produits particuliers faisant l'objet d'une discrimination se trouv[ai]ent dans un "rapport de concurrence" avec les produits achetés au titre des mesures en question".⁴³ Rappelant que les produits faisant l'objet d'une discrimination dans le présent différend étaient des cellules et modules solaires originaires des États-Unis et que l'Inde achetait de l'électricité produite à partir de cellules et modules solaires, et non les cellules et modules solaires eux-mêmes, le Groupe spécial a fait observer qu'"une approche calquée sur celle de l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* comporterait une comparaison entre les cellules et modules solaires et l'électricité produite qui [était] achetée, afin de vérifier si ces produits se trouv[ai]ent dans un "rapport de concurrence"."⁴⁴

5.5. Le Groupe spécial a également noté que l'Inde n'avait pas fait valoir que l'électricité, d'une part, et les cellules et modules solaires, d'autre part, étaient dans un rapport de concurrence, et n'avait pas demandé au Groupe spécial de s'écarter du raisonnement de l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*. En fait, l'Inde avait demandé de distinguer les mesures PTEN des mesures en cause dans ces affaires en faisant observer que le gouvernement central "acqu[érait] effectivement" des cellules et modules solaires en achetant de l'électricité produite à partir de ces cellules et modules solaires.⁴⁵

³⁶ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 35 b).

³⁷ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 35 c).

³⁸ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 36.

³⁹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 61 et 62.

⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* paragraphes 5.57, 5.69 et 5.74).

⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.106.

⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.106.

⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.113.

⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.113.

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.114 (citant la déclaration liminaire de l'Inde à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 26). En particulier, l'Inde a fait valoir que les caractéristiques

5.6. S'agissant de l'affirmation de l'Inde selon laquelle l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'exigeait pas dans tous les cas un "rapport de concurrence" entre le produit qui était acquis et celui qui faisait l'objet d'une discrimination, le Groupe spécial a observé que l'Organe d'appel, dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* avait fait référence à "[l'examen] [d]es intrants et [d]es procédés de production" comme pouvant être pertinent pour "[c]e qui constitu[ait] un rapport de concurrence entre des produits".⁴⁶ Selon le Groupe spécial, cette référence aux "intrants et procédés de production" semblait expliciter, plutôt que remplacer, ce que l'Organe d'appel avait désigné comme étant le critère du "rapport de concurrence", ménageant la possibilité qu'un examen des intrants et des procédés de production éclaire une évaluation de la question de savoir si les produits faisant l'objet d'une discrimination étaient "similaires" et/ou avaient "un rapport direct de concurrence ou de substitution avec le produit acheté au titre de la mesure contestée".⁴⁷ Le Groupe spécial n'a pas cru comprendre que l'Inde ne souscrivait pas à cette affirmation.⁴⁸ En fait, il a cru comprendre que l'Inde faisait valoir que "lorsque l'Organe d'appel ... [avait] fait référence à la question de savoir si "le champ d'application de l'article III:8 a) [pouvait] aussi englober la discrimination relative aux intrants et procédés de production utilisés en ce qui concerne les produits achetés par voie d'acquisition par les pouvoirs publics" (et s'[était] expressément abstenu de la trancher), il [n'avait] plus [fait] référence à la question "[de] savoir ce qui constitu[ait] un rapport de concurrence entre des produits", mais [avait] introdu[it] au lieu de cela la possibilité d'une solution de rechange au critère du "rapport de concurrence" dans une situation impliquant une discrimination à l'égard "des intrants et des procédés de production".⁴⁹ Toutefois, le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire de "résoudre la question de savoir si l'Organe d'appel [avait] ménagé la possibilité d'une solution de rechange au critère du "rapport de concurrence", considérant que, "[e]n appliquant l'article III:8 a) à des faits très analogues qui concernaient l'achat d'électricité et une discrimination à l'égard du matériel de production, l'Organe d'appel [avait] dit que la dérogation "englob[ait]" des produits se trouvant dans un "rapport de concurrence" et [avait] réglé l'affaire au motif que l'"électricité" et le "matériel de production" ne se trouvaient pas dans un tel rapport".⁵⁰

5.7. S'agissant de la question de savoir si les cellules et modules solaires pouvaient être qualifiés d'"intrants" en ce qui concerne l'électricité, le Groupe spécial a rappelé l'argument des États-Unis selon lequel l'Inde "s'appuyait" sur une hypothèse factuelle selon laquelle les panneaux et modules solaires [étaient] un intrant pour la production d'énergie solaire, mais qu'ils [étaient] en fait des biens d'équipement qui [n'étaient] pas consommés ni incorporés dans l'énergie produite".⁵¹ Il a également noté la position des États-Unis selon laquelle un "intrant" devrait être "incorporé dans [un produit fini] ou par ailleurs physiquement détectable dans celui-ci" et la position de l'Inde selon laquelle il pourrait "désigner toutes ressources ou tous matériaux qui [étaient] nécessaires pour obtenir un produit souhaité".⁵² Le Groupe spécial a considéré que le

fondamentales des cellules et modules solaires qui leur permettaient d'absorber l'énergie de la lumière, ce qui libérait des électrons et produisait de l'électricité, déterminait leur rôle indispensable dans la production d'énergie solaire. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 292 relative au paragraphe 7.114 (faisant référence à Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 110; deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 19; et observations concernant la réponse des États-Unis à la question n°43 du Groupe spécial, paragraphe 11))

⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.118 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* paragraphe 5.63). (italique ajouté par le Groupe spécial)

⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.118 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* paragraphe 5.63). Le Groupe spécial a fait référence à la suggestion des États-Unis selon laquelle cela pourrait s'interpréter comme signifiant que "lorsque le produit A et le produit B [étaient] composés d'intrants similaires (ou [étaient] fabriqués au moyen de procédés similaires), cela *pourrait* donner à penser que le produit A et le produit B [étaient] des "produits similaires" ou se trouv[ai]ent dans un rapport de concurrence". (*Ibid.*, note de bas de page 300 relative au paragraphe 7.118 (citant États-Unis, réponse à la question n° 41 du Groupe spécial, paragraphe 4 (italique dans l'original)))

⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.118.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* paragraphes 5.63 et 5.79, respectivement).

⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.121 (citant États-Unis, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 17).

⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.121 (faisant référence à États-Unis, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 20; et citant Inde, réponse à la question n° 42 du Groupe spécial, paragraphes 8 et 10).

désaccord entre les parties était centré sur des questions que l'Organe d'appel n'avait pas jugé nécessaire de régler dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, et a estimé qu'il n'était de même pas nécessaire de régler ces questions en l'espèce.⁵³

5.8. Le Groupe spécial a noté que les arguments de l'Inde étaient aussi liés à la question de savoir si "les cellules et modules solaires [étaient] des *intrants indispensables* pour le système de production", contrairement à "tous les autres composants d'une installation de production photovoltaïque [qui] [pouvaient] être classés comme matériel connexe".⁵⁴ Il a dit que le "matériel de production" en cause dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* comprenait "exactement les mêmes" produits, à savoir les cellules et modules solaires, qui étaient utilisés pour produire l'électricité achetée par les pouvoirs publics.⁵⁵ Le Groupe spécial a trouvé utile de noter que l'Organe d'appel n'avait donné "aucune indication montrant que ce matériel, ou tout autre type de matériel, était un "intrant", qui serait pertinente pour l'analyse au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994 et n'[avait] fait aucune distinction entre les intrants de caractère "indispensable" ou "connexe".⁵⁶ De plus, dans ces affaires, les mesures imposaient effectivement l'obligation d'utiliser des "biens" ou "du matériel et des composants pour la production" de source nationale afin d'atteindre le niveau nécessaire de la teneur en éléments nationaux.⁵⁷

5.9. Sur cette base, le Groupe spécial a conclu que les affaires *"Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis"* impliquaient une discrimination à l'égard du même "matériel de production" que celui qui était en cause dans le présent différend, à savoir les cellules et modules solaires.⁵⁸ Faisant référence aux rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant ces différends, le Groupe spécial n'était pas convaincu que les arguments de l'Inde en l'espèce concernaient "rien de plus que l'existence d'une "relation étroite" entre le matériel de production et l'électricité, que l'Organe d'appel [avait] rejetée comme critère pertinent au titre de l'article III:8 a)" dans ces procédures.⁵⁹ Le Groupe spécial a ajouté que "[q]uelle que soit la mesure dans laquelle l'article III:8 a) s'appliqu[ait] aux "intrants" (peu import[ait] la façon dont ce terme [était] défini) qui ne se trouv[aient] pas dans un rapport de concurrence avec le produit acheté par voie d'acquisition, ... l'Organe d'appel n'[avait] pas jugé ces considérations pertinentes pour son évaluation portant sur l'électricité et le matériel de production qui comprenait des cellules et modules solaires."⁶⁰

5.10. Le Groupe spécial a également examiné la préoccupation de l'Inde selon laquelle interpréter le terme "acquisition" figurant à l'article III:8 a) comme exigeant l'"acquisition directe du produit" constituerait une intrusion inutile dans la nature et l'exercice des actions des pouvoirs publics relatives à l'acquisition d'énergie solaire.⁶¹ Le Groupe spécial a dit dans son raisonnement, qu'il

⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.121.

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122 (citant Inde, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 20 (italique dans l'original)).

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.123.

⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.123.

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.125 (citant les rapports du Groupe spécial *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 7.163). Pour le Groupe spécial, même si les prescriptions examinées dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* concernaient d'autres activités liées à l'élaboration et à la construction d'installations, qui n'étaient pas visées par les mesures PTEN en l'espèce, les autres activités de ce type ne pouvaient pas à elles seules atteindre les "pourcentages admissibles" pour le niveau minimum requis de teneur en éléments nationaux. (*Ibid.*)

⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126.

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.128.

⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.128. De même, le Groupe spécial a rejeté l'argument de l'Inde selon lequel, puisque le tarif de l'énergie achetée au titre des accords d'achat d'énergie incluait le coût des cellules et modules solaires, "l'achat [par l'Inde] d'électricité produite à partir de cellules et modules solaires constitu[ait] ... un *achat effectif* des cellules et modules eux-mêmes", considérant que cet argument semblait contredire l'argument principal de l'Inde selon lequel les "intrants indispensables", mais pas les autres "matériels connexes", dont les coûts pouvaient aussi être pris en compte dans le tarif de l'électricité, étaient "effectivement acquis". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.129 (citant Inde, réponse à la question n° 41 du Groupe spécial, paragraphe 7 (italique ajouté par le Groupe spécial)))

⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.130 (faisant référence à Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 118 et 120; et déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 29).

n'était nullement en soi évident que les scénarios évoqués par l'Inde⁶² supposant l'"acquisition directe" de cellules et modules solaires par des organes gouvernementaux, satisferaient les autres prescriptions de l'article III:8 a), notamment les prescriptions voulant que les produits soient achetés "pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".⁶³

5.11. Ayant "examiné la base spécifique" sur laquelle l'Inde avait cherché à distinguer les faits et les circonstances du présent différend, le Groupe spécial n'était pas convaincu que les mesures PTEN "[pouvaient] être distinguées à tel ou tel égard pertinent" des mesures examinées par l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*.⁶⁴ Se référant à l'"interprétation juridique de l'article III:8 a) donnée par l'Organe d'appel, telle qu'elle s'appliqu[ait] à l'achat d'électricité par les pouvoirs publics et à la discrimination à l'égard du matériel de production étranger", le Groupe spécial a donc constaté que "la discrimination relative aux cellules et modules solaires établie par les mesures PTEN n'[était] pas visée par la dérogation prévue à l'article III:8 a)".⁶⁵

5.1.2 Allégations de l'Inde en appel

5.12. L'Inde fait appel de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les mesures PTEN en cause ne sont pas visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994. Un élément fondamental de l'appel de l'Inde est l'affirmation selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord parce qu'il "a appliqué mécaniquement le critère du rapport de concurrence établi par l'Organe d'appel" dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*⁶⁶ et a "refusé d'examiner les faits, les éléments de preuve et les arguments juridiques avancés par l'Inde"⁶⁷ en l'espèce.⁶⁸

5.13. L'Inde présente plusieurs arguments à l'appui de son affirmation. Elle soutient que le Groupe spécial "n'a pas tenu compte d'un élément fondamental, de son argumentation", à savoir que les cellules et les modules solaires ne "[pouvaient] pas être distingués" de la production d'énergie solaire.⁶⁹ Elle estime également que le Groupe spécial a fait erreur "dans son évaluation factuelle et juridique selon laquelle il n'était pas nécessaire d'examiner si les cellules et modules solaires constituaient des "intrants" pour la production d'énergie solaire" et "dans son application

⁶² Selon l'Inde, pour que les pouvoirs publics acquièrent effectivement des cellules et modules solaires au titre de l'article III:8 a), ils devraient acheter eux-mêmes ces produits et produire de l'électricité à partir de ceux-ci, ou acheter les produits et les fournir aux exploitants d'énergie solaire pour que ceux-ci produisent de l'énergie". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.130 (citant Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 117))

⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.132. L'Inde a également fait valoir que le terme "acquisition" ne devrait pas être interprété comme exigeant une acquisition directe, compte tenu de l'affirmation de l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, selon laquelle "si le mot "acquisition" était compris comme faisant simplement référence à une acquisition quelconque, il n'ajouterait aucune signification à l'article III:8 a) outre ce qui est déjà exprimé par le mot "achetés". Toutefois, le Groupe spécial a considéré que cette référence avait été faite à tort et "chang[eait] radicalement le raisonnement logique de l'Organe d'appel" en incorporant le concept d'"achat" dans une catégorie d'"acquisition" plus large. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.133 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.59; et Union européenne, communication au Groupe spécial en tant que tierce partie, paragraphe 40))

⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.135.

⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.135.

⁶⁶ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 6. Voir également les paragraphes 17 et 26.

⁶⁷ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 24.

⁶⁸ Nous croyons donc comprendre que l'Inde fait valoir que, en s'appuyant sur la constatation formulée par l'Organe d'appel dans ces différends et ne parvenant pas à des conclusions concernant les allégations et arguments de l'Inde relatifs aux cellules et modules solaires, le Groupe spécial n'a pas "procéd[é] à une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions pertinentes des accords visés et de la conformité des faits avec ces dispositions". (Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 24 et 28; et réponses aux questions posées à l'audience)

⁶⁹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 6 et 8, respectivement. En particulier, l'Inde fait valoir que "l'article III:8 a) s'appliquerait dans des situations où la forme physique du produit acheté par les pouvoirs publics n'est pas identique au produit faisant l'objet d'une discrimination, lorsqu'il est établi qu'il n'y a pas réellement de différence, entre les produits faisant l'objet d'une discrimination (à savoir les cellules et modules solaires) et le produit acheté (à savoir l'énergie solaire)." (*Ibid.*)

des critères pertinents pour examiner si les cellules et modules solaires pouvaient ou non être qualifiés d'*intrants*".⁷⁰ De plus, l'Inde allègue que le Groupe spécial a fait erreur en rejetant ses arguments indiquant que le fait de recourir uniquement au critère du "rapport de concurrence" restreindrait indûment le champ de l'article III:8 a), et que l'article III:8 a) ne devrait pas être interprété comme envisageant l'acquisition directe des produits achetés, dans tous les cas.⁷¹ Enfin, l'Inde soutient que le Groupe spécial a fait erreur en "faisant le raisonnement qu'il ne [pouvait] pas aller au-delà des critères appliqués par l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, puisque l'Inde ne lui avait pas demandé de s'écarter de ce raisonnement"⁷², et n'a donc pas donné "une interprétation valable de l'article III:8 a)".⁷³

5.14. Pour leur part, les États-Unis considèrent que les arguments de l'Inde au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord "sont dénués de fondement, parce que ... le Groupe spécial a examiné de manière approfondie tous les éléments de preuve et arguments avancés par l'Inde", même s'il n'a pas accordé à "ces éléments de preuve le poids qu'ils auraient dû, selon l'Inde, avoir".⁷⁴ Les États-Unis estiment par ailleurs que l'interprétation que le Groupe spécial a donné de l'article III:8 a) est compatible avec son texte et conforme au critère juridique énoncé par l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, et que le Groupe spécial a correctement interprété cette disposition comme "exemptant de l'application de l'article III seulement les acquisitions de produits directement concurrents des importations faisant l'objet d'une discrimination".⁷⁵ Selon les États-Unis, "[é]tant donné que le Groupe spécial avait rejeté l'idée qu'on pouvait considérer que l'Inde "acquiesçait" des cellules et modules solaires *sans* réellement acheter, obtenir ou autrement détenir des cellules et modules solaires, il était inutile qu'il examine ou règle la question théorique de savoir si les cellules et modules solaires pouvaient être distingués de la production d'énergie solaire."⁷⁶

5.15. Nous rappelons que l'article 11 du Mémoire d'accord impose aux groupes spéciaux l'obligation générale de procéder à une "évaluation objective de la question", portant sur tous les aspects, à la fois factuels et juridiques, de l'examen de la "question" par le groupe spécial.⁷⁷ Ainsi, les groupes spéciaux sont tenus de procéder à une évaluation objective "des faits", de l'"applicabilité" des dispositions des accords visés et de la "conformité" de la mesure en cause avec ces dispositions.⁷⁸ S'agissant de "l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions", un groupe spécial est tenu de procéder à une évaluation objective du point de savoir si les obligations énoncées dans les accords visés, avec lesquelles une incompatibilité est alléguée, sont pertinentes et applicables à l'affaire en question, et du point de savoir si les mesures en cause sont conformes aux obligations spécifiques prévues dans ces accords, ou incompatibles avec celles-ci.⁷⁹ Cela étant dit, un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire "de ne traiter que les arguments qu'il juge nécessaire de traiter pour régler une allégation donnée" et "le fait qu'un argument donné concernant cette allégation n'est pas expressément traité dans la partie "Constatactions" du rapport ne permet pas, en soi, de conclure que ce groupe spécial a omis de procéder à l'"évaluation objective de la question dont il est saisi", prescrite à l'article 11 du Mémoire d'accord."⁸⁰ Enfin, une contestation visant l'évaluation des

⁷⁰ Inde, communication en tant qu'appelant, titre IIB et paragraphe 10, respectivement. (italique dans l'original)

⁷¹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 21 à 23.

⁷² Inde, communication en tant qu'appelant, titre IIE.

⁷³ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 34.

⁷⁴ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 47.

⁷⁵ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 62.

⁷⁶ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 52. (italique dans l'original)

⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.17 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 54).

⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.17 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 54).

⁷⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.17. Pour procéder à une "évaluation objective de l'applicabilité des dispositions spécifiques des accords visés à une mesure dont il est saisi à bon droit", un groupe spécial doit "passer au crible la mesure dont il est saisi, tant dans sa conception que dans son fonctionnement, et en déterminer les principales caractéristiques". (Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171)

⁸⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Volailles*, paragraphe 135. (italique omis) Voir également le rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 511. De plus, en ce qui concerne l'évaluation des éléments de preuve par un groupe spécial, le groupe spécial est tenu d'"examiner tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés, [d']évaluer leur crédibilité, [de] déterminer leur poids et [de]

faits par un groupe spécial ne peut pas reposer simplement sur l'affirmation selon laquelle le groupe spécial n'a pas souscrit à des arguments ou éléments de preuve qui lui ont été présentés, mais doit être formulée clairement et étayée par des arguments spécifiques, y compris une explication de la raison pour laquelle l'erreur alléguée a une incidence sur l'objectivité de l'évaluation factuelle du groupe spécial.⁸¹

5.16. Comme il a été noté, le Groupe spécial n'a pas jugé pas nécessaire en l'espèce "de résoudre la question de savoir si l'Organe d'appel [avait] ménagé la possibilité d'une solution de rechange au critère du "rapport de concurrence" ou de [se] prononcer, dans l'abstrait, sur le sens des termes "intrants et procédés de production" utilisés par l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*."⁸² Cela tient au fait que le Groupe spécial a conclu que les mesures PTEN en cause en l'espèce "ne [pouvaient] pas être distinguées à tel ou tel égard pertinent de celles examinées par l'Organe d'appel" dans des différends antérieurs.⁸³ Au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial était tenu, pour procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi, d'examiner tous les arguments factuels et juridiques des parties qui étaient pertinents pour se prononcer sur la question de savoir si les mesures PTEN étaient visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a). Pour commencer l'évaluation de la contestation de l'Inde visant l'analyse du Groupe spécial, nous examinerons le champ d'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994.

5.1.3 Champ d'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994

5.17. L'article III:8 a) du GATT de 1994 dispose ce qui suit:

Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce.

5.18. Nous rappelons que l'article III:8 a) énonce une dérogation à l'obligation de traitement national énoncée à l'article III du GATT de 1994, exemptant de cette obligation certaines mesures qui comportent des règles concernant le processus par lequel les organes gouvernementaux achètent des produits. Les mesures qui entrent dans le champ de l'article III:8 a) sont des "lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition" et l'entité qui achète les produits doit être un "organe gouvernemental". De plus, le champ de l'article III:8 a) est limité aux "produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics", et "non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".⁸⁴

5.19. Comme il a été noté, la pertinence du raisonnement et des constatations de l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* pour ce qui concerne le champ de l'article III:8 a) du GATT de 1994 eu égard aux "produits achetés" a été un point de désaccord fondamental entre les parties pendant au cours de la procédure du Groupe spécial. Selon l'Inde, le critère du rapport de concurrence entre le produit

s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur ces éléments de preuve". (Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 132 et 133)) À l'intérieur de ces paramètres, toutefois, "c'est en général [au groupe spécial] qu'il incombe de décider quelles preuves il choisit d'utiliser pour faire ses constatations", et le simple fait qu'un groupe spécial n'a pas explicitement fait référence à chacun des éléments de preuve dans son raisonnement est insuffisant pour établir le bien-fondé d'une allégation de violation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. (Rapports de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 135. Voir également le rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.)

⁸¹ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.227 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 238; *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*, paragraphe 498; *États-Unis – Pneumatiques (Chine)*, paragraphe 321; et *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphes 499 et 500). Voir également le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 722 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442).

⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120.

⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.120, 7.134 et 7.135.

⁸⁴ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.74.

faisant l'objet d'une discrimination et le produit acheté "ne constitue pas une règle inflexible unique à appliquer dans toutes les circonstances devant être examinées au titre de l'article III".⁸⁵ L'Inde rappelle à cet égard que l'Organe d'appel a explicitement noté que le point de "savoir si la dérogation prévue à l'article III:8 a) [pouvait] aussi englober la discrimination [relative à des intrants et procédés de production utilisés en ce qui concerne les produits achetés par voie d'acquisition]" [était] une question [qu'il] ne tranch[ait] pas en l'espèce.⁸⁶ D'après l'Inde, cela "laissait de la marge pour un raisonnement juridique sur la question des intrants".⁸⁷

5.20. Pour leur part, les États-Unis soulignent que l'Organe d'appel a constaté que "l'article III:8 a) ne s'appliqu[ait] pas lorsqu'un Membre ach[etait] un produit, mais établ[issait] une discrimination à l'égard d'un autre produit, différent" et, lu conjointement avec les autres paragraphes de l'article III, exigeait que le produit "faisant l'objet d'une discrimination" et le "produit qui [était] acheté" par les pouvoirs publics soient: "1) des produits identiques; 2) des produits "similaires"; ou 3) des produits qui [avaient] un rapport direct de concurrence ou de substitution", ou autrement dit "des produits qui [étaient] dans un rapport de concurrence".⁸⁸ Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a été à juste titre guidé en l'espèce par l'interprétation de l'article III:8 a) que l'Organe d'appel a faite dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* étant donné que ces différends et le présent différend concernaient des mesures dans le cadre desquelles les pouvoirs publics achetaient de l'électricité, mais établissaient une discrimination à l'égard du matériel de production étranger.⁸⁹

5.21. Comme l'Organe d'appel l'a relevé dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, l'article III:8 a) commence par les mots suivants: "[l]es dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux ...". Cette clause introductive de l'article III:8 a) établit "un lien avec le reste de l'article III" et les termes "[l]es dispositions du présent article" englobent le principe prédominant énoncé à l'article III:1 selon lequel les mesures intérieures "ne devront pas être appliquées ... de manière à protéger la production nationale".⁹⁰ Pour les activités d'acquisition par les pouvoirs publics entrant dans son champ, l'article III:8 a) établit une dérogation à l'obligation de traitement national énoncée à l'article III.⁹¹ C'est pourquoi, comme l'Organe d'appel l'a dit, la dérogation prévue à l'article III:8 a) "ne devient pertinente que s'il y a un traitement discriminatoire à l'encontre de produits étrangers qui sont couverts par les obligations énoncées à l'article III".⁹² À cet égard, l'Organe d'appel a dit ce qui suit:

Du fait que l'article III:8 a) est une dérogation aux obligations figurant dans les autres paragraphes de l'article III, ... le même traitement discriminatoire doit être examiné en ce qui concerne aussi bien les obligations énoncées à l'article III que la dérogation prévue à l'article III:8 a). En conséquence, le champ des mots "produits achetés" figurant à l'article III:8 a) est éclairé par le champ du mot "produits" mentionné dans les obligations énoncées dans les autres paragraphes de l'article III. L'article III:8 a) concerne donc, en premier lieu, le produit qui est visé par la discrimination.⁹³

⁸⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 9. Voir également le paragraphe 4.

⁸⁶ Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.63.

⁸⁷ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 4. Voir également le paragraphe 9 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.63). (note de bas de page omise)

⁸⁸ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphes 38 et 42 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.63).

⁸⁹ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 66 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120) et paragraphe 69 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.135).

⁹⁰ Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.55 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 21; et faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 93).

⁹¹ Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.56.

⁹² Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.63.

⁹³ Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.63.

5.22. Le champ d'application de l'article III:8 a) englobe donc les produits achetés qui sont "similaires" aux produits faisant l'objet d'une discrimination au titre de l'article III:2 et III:4 ou, conformément à la note additionnelle relative à l'article III:2, les produits qui sont "directement concurrent[s]" de ces produits ou "peu[vent] [leur] être directement substitué[s]". Ce sont ceux que l'Organe d'appel a décrits comme des "produits qui sont dans un rapport de concurrence"⁹⁴, utilisant l'expression "rapport de concurrence" comme raccourci pour délimiter le champ des termes "similaire" ou de l'expression "directement concurrent ou [] qui peut [] être directement substitué"⁹⁵. Autrement dit, puisque "la dérogation prévue à l'article III:8 a) [doit] être interprétée en relation avec les obligations énoncées à l'article III", le produit d'origine étrangère doit être "similaire" au "produit acheté", être "directement concurrent" de ce produit ou "[pouvoir] lui être directement substitué", c'est-à-dire être dans un "rapport de concurrence" avec le produit acheté.⁹⁶ Nous ne pensons pas que le champ d'une dérogation puisse aller au-delà du champ de l'obligation pour laquelle la dérogation est voulue.

5.23. L'Inde estime que le Groupe spécial a fait erreur en assimilant l'argument de l'Inde selon lequel les cellules et modules solaires constituaient des "intrants" pour la production d'énergie solaire au critère de la "relation étroite" utilisé par le Groupe spécial *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*.⁹⁷ Dans ces différends, le Groupe spécial a constaté que "le matériel même" était "nécessaire et utilisé pour produire l'électricité dont il [était] allégué qu'elle [était] achetée" et qu'il existait "très clairement une *relation étroite* entre ... le matériel de production d'énergie renouvelable" et le produit acheté (l'électricité).⁹⁸ L'Organe d'appel est convenu qu'une "relation étroite" pouvait être pertinente pour un élément distinct de l'article III:8 a) – à savoir l'évaluation de la question de savoir si une mesure pouvait être considérée comme "régissant" l'acquisition des produits achetés – mais il n'a pas considéré cela comme déterminant pour la question de savoir si l'article III:8 a) s'appliquait, parce que les produits achetés n'étaient pas dans un "rapport de concurrence" avec les produits faisant l'objet d'une discrimination.⁹⁹

5.24. En appel, dans le présent différend, l'Inde fait valoir que l'Organe d'appel, dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* a laissé entendre que le champ de l'article III:8 a) pouvait englober, dans certains cas, les "intrants" et les "procédés de production", indépendamment de la question de savoir si le produit faisant l'objet d'une discrimination était dans un rapport de concurrence avec le produit acheté. Nous ne souscrivons pas à la lecture donnée par l'Inde du rapport de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*.¹⁰⁰ L'Organe d'appel a dit explicitement qu'il ne tranchait pas la question de savoir si "le champ d'application de l'article III:8 a) [pouvait] aussi englober la discrimination relative aux intrants et procédés de production utilisés en ce qui concerne les produits achetés par voie d'acquisition."¹⁰¹ Cette question se pose uniquement après qu'il a été constaté que le produit faisant l'objet d'une discrimination est similaire au produit acheté, directement concurrent de ce produit ou peut lui être directement substitué – en d'autres termes, qu'il est dans un rapport de concurrence avec le produit acheté. S'agissant de ce dernier point, bien qu'un examen des intrants et des procédés de production

⁹⁴ Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphes 5.62 et 5.63.

⁹⁵ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.74.

⁹⁶ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.74.

⁹⁷ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 19.

⁹⁸ Rapports du Groupe spécial *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 7.127. (pas d'italique dans l'original)

⁹⁹ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphes 5.78 et 5.79.

¹⁰⁰ Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.63.

¹⁰¹ Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.63. (note de bas de page omise) Les conditions imposées dans le contexte de l'acquisition par les pouvoirs publics en ce qui concerne les intrants et les procédés de production des produits achetés, comme les conditions concernant "le profil environnemental ou les attributs environnementaux qu'un produit particulier peut comporter, ... pourraient légitimement faire partie des spécifications du produit acheté qui sont étroitement liées à l'objet du contrat." Ces conditions peuvent donc être pertinentes pour l'analyse au titre de l'article III:8 a), dans la mesure où elles peuvent être considérées comme "régissant" le processus d'acquisition pertinent. (*Ibid.*, note de bas de page 499 relative au paragraphe 5.63)

puisse *éclairer* la question de savoir si le produit acheté est dans un rapport de concurrence avec le produit faisant l'objet d'une discrimination, il ne *remplace* pas le critère du rapport de concurrence. Au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994, le produit étranger faisant l'objet d'une discrimination doit nécessairement être dans un rapport de concurrence avec le produit acheté par voie d'acquisition.

5.1.4 Contestation de l'Inde visant l'approche suivie par le Groupe spécial pour les allégations de l'Inde au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994

5.25. L'appel de l'Inde au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994 repose largement sur sa lecture de cette disposition, et en particulier sur ce que l'Inde considère comme le champ limité du critère du rapport de concurrence, qui a été établi par l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*. Nous avons, plus haut, rejeté la lecture faite par l'Inde de l'article III:8 a) et avons constaté qu'un rapport de concurrence entre le produit faisant l'objet d'une discrimination et le produit acheté devait être établi dans tous les cas. Nous rappelons aussi que l'Inde n'a pas fait valoir devant le Groupe spécial qu'il existait un rapport de concurrence entre l'électricité, d'une part, et les cellules et modules solaires, d'autre part, ni que les pouvoirs publics devenaient propriétaires des cellules et modules solaires ou en disposaient.¹⁰² Cela est suffisant pour examiner l'appel de l'Inde dans la mesure où ses arguments s'appuient sur l'existence d'une solution de rechange au critère du rapport de concurrence. Toutefois, pour trancher pleinement les questions soulevées par l'Inde en appel, nous procédons à l'examen des arguments de l'Inde dans la mesure où ils se rapportent à l'approche suivie par le Groupe spécial dans son évaluation des allégations de l'Inde au titre de l'article III:8 a).

5.26. Nous rappelons que le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire en l'espèce de régler la question de savoir si l'Organe d'appel, dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* avait ménagé la possibilité d'une solution de rechange au critère du "rapport de concurrence" puisque, en appliquant l'article III:8 a) à des faits "très analogues", l'Organe d'appel avait réglé la question pertinente dans ces affaires au motif que l'"électricité" et le "matériel de production" n'étaient pas dans un rapport de concurrence.¹⁰³ Le Groupe spécial a également jugé inutile de se prononcer sur la question de savoir si les cellules et modules solaires pouvaient être qualifiés d'"intrants" pour l'électricité. Il a noté, à cet égard, que les considérations formulées par l'Inde ne concernaient "rien de plus que l'existence d'une "relation étroite" entre le matériel de production et l'électricité que l'Organe d'appel [avait] rejetée comme critère pertinent au titre de l'article III:8 a)" dans ces différends.¹⁰⁴ En définitive, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

Quelle que soit la mesure dans laquelle l'article III:8 a) s'applique aux "intrants" (peu importe la façon dont ce terme est défini) qui ne se trouvent pas dans un rapport de concurrence avec le produit acheté par voie d'acquisition, il est évident que l'Organe d'appel n'a pas jugé ces considérations pertinentes pour son évaluation portant sur l'électricité et le matériel de production qui comprenait des cellules et modules solaires. Nous rejetons donc l'argument formulé par l'Inde au titre de l'article III:8 a) selon lequel les cellules et modules solaires "ne peuvent pas être considérés comme distincts de l'énergie solaire" et selon lequel, "en achetant l'électricité produite à partir de ces cellules et modules, [l'Inde] acquiert effectivement les cellules et modules".¹⁰⁵

5.27. Le Groupe spécial a axé son analyse sur la question de savoir "comment les constatations et le raisonnement de l'Organe d'appel au titre de l'article III:8 a) devraient s'appliquer aux mesures PTEN en cause dans le présent différend"¹⁰⁶, et non sur "la question de savoir si l'Organe d'appel [avait] ménagé la possibilité d'une solution de rechange au critère du "rapport de concurrence"". ¹⁰⁷ Il apparaît que l'approche du Groupe spécial a été amenée par les arguments des parties qui mettaient l'accent sur l'établissement de parallèles, ou de distinctions, avec les affaires *Canada –*

¹⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.114 (faisant référence à l'Inde, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 28). Voir également le paragraphe 7.129.

¹⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.79).

¹⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.128.

¹⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.128. (notes de bas de page omises)

¹⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.115.

¹⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.120.

Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis.¹⁰⁸ Le Groupe spécial a également constaté que les faits en l'espèce ne "[pouvaient] [pas] être distingué[s] à tel ou tel égard pertinent" des mesures examinées par l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*.¹⁰⁹

5.28. L'Inde estime que le Groupe spécial n'a pas examiné "les caractéristiques fondamentales des cellules et modules solaires" et n'a pas tenu compte de son argument selon lequel les cellules et modules solaires "ne pouvaient pas être distingués de la production d'énergie solaire", et n'a donc pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi.¹¹⁰ Contrairement à ce que l'Inde semble laisser entendre, le Groupe spécial a noté l'explication de l'Inde selon laquelle, même si les pouvoirs publics "ne dev[enaient] pas propriétaires des cellules et modules solaires ni n'en dispos[aient], en achetant l'électricité produite à partir de ces cellules et modules, ils [les] acqu[é]raient effectivement".¹¹¹ Le Groupe spécial a relevé que l'argument de l'Inde reposait sur ce qu'elle considérait "comme étant la "principale distinction factuelle" avec les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*", en ce qui concerne "la nature des produits en question".¹¹² Il a examiné le matériel de production en cause dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* et a expliqué pourquoi il considérait que ces affaires "impliqu[aient] une discrimination à l'égard du même "matériel de production" que celui qui [était] en cause dans le présent différend".¹¹³ Ce faisant, le Groupe spécial a explicitement rejeté l'argument de l'Inde selon lequel "les cellules et modules solaires "ne [pouvaient] pas être considérés comme distincts de l'énergie solaire""¹¹⁴ et selon lequel, "en achetant l'électricité produite à partir de ces cellules et modules, [les pouvoirs publics] acqu[é]raient effectivement les cellules et modules."¹¹⁵

5.29. Le Groupe spécial a aussi reconnu le lien étroit entre les arguments de l'Inde selon lesquels les cellules et modules "ne [pouvaient] pas être distingués de" la production d'énergie solaire et/ou étaient des "intrants" pour celle-ci. En particulier, il a noté que l'Inde avait utilisé "diverses formulations dans sa qualification des cellules et modules solaires, par exemple en les qualifiant de "tellement fondamentaux, indispensables et intrinsèques pour la production d'électricité, qu'ils ne [pouvaient] pas être considérés comme distincts ou dissociés de l'achat d'électricité lui-même"". ¹¹⁶ Même si le Groupe spécial a fait référence de manière plus détaillée à l'argument de l'Inde selon lequel les cellules et modules solaires pouvaient être qualifiés d'"intrants" pour la production d'énergie solaire, il nous semble qu'il a suffisamment examiné les arguments et les éléments de preuve de l'Inde concernant les caractéristiques fondamentales de ces produits et leur nature "ne [pouvant] pas être distinguée" de la production d'énergie solaire.¹¹⁷

5.30. Dans une argumentation connexe, l'Inde soutient que le Groupe spécial a fait erreur en rejetant sommairement son argument selon lequel les cellules et modules solaires pouvaient être qualifiés d'"intrants" pour la production d'énergie solaire et, en particulier, selon lequel ils étaient des "*intrants indispensables* pour le système de production", contrairement à "tous les autres composants d'une installation de production photovoltaïque [qui] [pouvaient] être classés comme

¹⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.107 à 7.109 et 7.115.

¹⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.135.

¹¹⁰ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 6 et titre IIA, respectivement.

¹¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.114 (citant Inde, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 28).

¹¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.114. (note de bas de page omise)

¹¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.126.

¹¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.128 (citant Inde, réponses aux questions n° 19 et n° 41 du Groupe spécial, paragraphe 7; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 8; et déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 28). (texte complémentaire de la note de bas de page omis)

¹¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.128 (citant Inde, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 28). De même, le Groupe spécial n'était pas convaincu par l'argument de l'Inde selon lequel "[l]e tarif de l'énergie achetée au titre des accords d'achat d'énergie inclu[ait] le coût des cellules et modules solaires", et selon lequel "[son] achat d'électricité produite à partir de cellules et modules solaires constitu[ait] donc un *achat effectif* des cellules et modules eux-mêmes." (*Ibid.*, paragraphe 7.129 (citant Inde, réponse à la question n° 41 du Groupe spécial, paragraphe 7) (italique ajouté par le Groupe spécial))

¹¹⁶ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 326 relative au paragraphe 7.128 (citant Inde, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 23).

¹¹⁷ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.114 et 7.120 à 7.129.

matériel connexe".¹¹⁸ Or le Groupe spécial a observé que le "matériel de production" en cause dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* incluait exactement les mêmes produits, à savoir les cellules et modules solaires, qui étaient utilisés pour produire l'électricité achetée par les pouvoirs publics.¹¹⁹ Il a aussi rappelé que les mesures en cause dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, comme dans la présente affaire, comportaient l'obligation d'utiliser "du matériel et des composants pour la production" de source nationale afin d'atteindre le niveau nécessaire de la teneur en éléments nationaux¹²⁰, et a noté que ni le Groupe spécial ni l'Organe d'appel, dans ces différends, n'avaient constaté qu'un type quelconque de matériel "était un intrant" qui serait pertinent[] pour l'analyse au titre de l'article III:8 a)".¹²¹

5.31. De plus, le Groupe spécial a examiné les arguments des parties sur la nature des intrants "indispensables" et "connexes", et a relevé la contradiction entre le classement par l'Inde de certains matériels comme "connexes" et ses descriptions de la production d'énergie solaire.¹²² Par ailleurs, il a expliqué qu'il n'était pas "persuadé[]" que l'inclusion d'autres matériels et services au titre de la mesure dans [les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*] avait une quelconque pertinence pour la constatation implicite de l'Organe d'appel selon laquelle les cellules et modules solaires visés par la mesure ne constituaient pas des "intrants et procédés de production" aux fins de l'article III:8 a)".¹²³ Nous considérons donc que le Groupe spécial a suffisamment examiné cet aspect de l'argumentation de l'Inde.

5.32. L'Inde soutient également que le Groupe spécial "a cité de façon sélective" les arguments des parties, et a simplement rejeté les arguments de l'Inde au motif que l'Organe d'appel n'avait pas établi de distinction entre les catégories particulières de matériel ou de marchandises spécifiées dans le cadre de la mesure en cause dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*.¹²⁴ Contrairement à ce que l'Inde laisse entendre, le Groupe spécial a reconnu le désaccord entre les parties au sujet du concept d'"intrants", mais a constaté que ce désaccord "[était] centré sur des questions que l'Organe d'appel [avait] jugé inutile de régler dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*", et qu'il n'a, de même, pas jugé nécessaire de régler aux fins du présent différend.¹²⁵ Le Groupe spécial s'est appuyé à juste titre sur l'interprétation de l'article III:8 a) donnée par l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, et a donc rejeté de manière appropriée l'argument de l'Inde sur la pertinence des "intrants" pour l'analyse du rapport de concurrence au titre de l'article III:8 a).¹²⁶

5.33. L'Inde soutient également que le Groupe spécial a fait erreur en rejetant ses arguments indiquant qu'une interprétation trop restrictive de l'article III:8 a) aurait pour effet d'imposer des "entraves inutiles" aux actions des pouvoirs publics et que le terme "acquisition" ne devrait pas

¹¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122 (citant Inde, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 20 (italique dans l'original)). À cet égard, l'Inde a mis en avant le "caractère indispensable" des cellules et modules solaires pour la production d'énergie solaire et le caractère exclusif de leur fonction à cette fin. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.122 (faisant référence à Inde, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 21))

¹¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.123.

¹²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.125 (citant les rapports du Groupe spécial *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 7.163).

¹²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.123. Voir également le paragraphe 7.126.

¹²² Voir le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 320 relative au paragraphe 7.127 (faisant référence à Inde, observations concernant la réponse des États-Unis aux questions n° 41 à 43 du Groupe spécial, paragraphe 11). Le Groupe spécial a noté, entre autres choses, que l'affirmation de l'Inde selon laquelle le "silicium" et les "lingots et plaquettes de silicium" étaient du matériel "connexe" était "en contradiction avec ses descriptions de la production d'énergie solaire", y compris le caractère essentiel du "silicium" pour le fonctionnement des cellules et modules solaires, et "témoign[ait] de la difficulté d'établir une distinction entre les intrants "indispensables" et les intrants "connexes"" (*Ibid.*, note de bas de page 320 relative au paragraphe 7.127).

¹²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.128. (note de bas de page omise)

¹²⁴ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 11 à 14 et 16.

¹²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.121.

¹²⁶ Nous rappelons, à cet égard, que l'Inde n'a pas fait valoir devant le Groupe spécial que l'électricité et les cellules et modules solaires étaient dans un rapport de concurrence. De plus, il n'était pas contesté que les pouvoirs publics ne devenaient pas propriétaires des cellules et modules solaires ni n'en disposaient. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.114 (faisant référence à Inde, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 28); voir également le paragraphe 7.129.)

être lu comme exigeant l'"acquisition directe" du produit acheté dans tous les cas.¹²⁷ L'Inde a souligné en particulier qu'elle était préoccupée par les conséquences d'une lecture de l'article III:8 a) qui "signifierait que pour que les pouvoirs publics acquièrent effectivement des cellules et modules solaires au titre de l'article III:8 a)", ils devraient acheter ces produits et soit produire eux-mêmes de l'électricité à partir de ces produits soit les fournir aux exploitants d'énergie solaire pour qu'ils produisent de l'énergie.¹²⁸

5.34. En rejetant l'argument de l'Inde concernant l'"acquisition directe", le Groupe spécial n'a pas considéré qu'il était évident que les scénarios présentés par l'Inde "satisferaient nécessairement à toutes les prescriptions de l'article III:8 a)"¹²⁹, en particulier parce que, "pour relever du champ d'application de l'article III:8 a), les produits [devaient] être achetés "pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".¹³⁰ Nous croyons comprendre que le Groupe spécial a simplement souligné que, même si le terme "acquisition" n'était pas interprété comme exigeant l'"acquisition directe du produit", le critère du rapport de concurrence était seulement une prescription parmi d'autres de l'article III:8 a), et donc qu'une interprétation plus large du champ de cette disposition ne répondrait pas nécessairement aux préoccupations de l'Inde.

5.35. Pour étayer encore son argument, l'Inde s'est appuyée sur l'affirmation de l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* selon laquelle, "si le mot "acquisition" était compris comme faisant simplement référence à une acquisition quelconque, il n'ajouterait aucune signification à l'article III:8 a) outre ce qui est déjà exprimé par le mot "achetés".¹³¹ Elle a fait valoir que le terme "acquisition" ne devrait donc pas être interprété comme exigeant l'acquisition directe du produit dans tous les cas.¹³² Le Groupe spécial a rejeté l'argument de l'Inde, notant que la distinction conceptuelle entre les termes "acquisition" et "achat" établie par l'Organe d'appel était simplement une expression du principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile.¹³³ Comme le Groupe spécial l'a noté, l'Organe d'appel a expliqué que "les concepts d'"acquisition" et d'"achat" ne [devaient] pas être assimilés l'un à l'autre", et que le terme "acquisition", figurant à l'article III:8 a), "fais[ait] référence au processus par lequel les pouvoirs publics acqu[é]raient des produits", tandis que le concept d'"achat" concernait "le type de transaction utilisé pour donner effet à cette acquisition".¹³⁴ Par conséquent, le fait que l'"acquisition" peut faire référence "au processus d'obtention de produits, et non ... à une acquisition elle-même" ne signifie pas que, pour être visée par l'article III:8 a), l'acquisition par les pouvoirs publics peut être effectuée au moyen d'un arrangement contractuel autre qu'un "achat", comme il apparaît que l'Inde le laisse entendre.¹³⁵

5.36. De plus, à notre sens, en faisant valoir que le terme "acquisition" ne devrait pas être interprété comme exigeant l'"acquisition directe" d'un produit¹³⁶, l'Inde répète, en substance, son argument selon lequel l'article III:8 a) devrait viser des situations où la discrimination implique des

¹²⁷ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 21 à 23.

¹²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 130.

¹²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.132.

¹³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.132.

¹³¹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 22 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* paragraphe 5.59).

¹³² Voir également le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.133 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* paragraphe 5.59).

¹³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.133.

¹³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.133 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* paragraphe 5.59).

¹³⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 21 à 23. (italique et soulignement omis) Voir également Union européenne, communication en tant que participant tiers, paragraphe 36. Nous observons que, bien que l'Organe d'appel, dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, ne se soit pas prononcé sur l'éventail précis des arrangements contractuels visés par le concept d'"achat", en l'espèce, l'Inde défend la position selon laquelle les pouvoirs publics n'"achètent" pas des cellules et modules solaires, car ils "n'acquièrent pas physiquement ces cellules et modules solaires et qu'ils choisissent au lieu de cela d'acheter l'énergie solaire produite à partir de ces cellules et modules". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.113 (citant Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 114))

¹³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.130 (faisant référence à Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 120).

intrants ou des procédés de production, indépendamment de la question de savoir si le produit faisant l'objet d'une discrimination est dans un "rapport de concurrence" avec le produit acheté. Cependant, nous rappelons que, pour que l'article III:8 a) s'applique, le produit acheté devrait toujours être dans un rapport de concurrence avec le produit faisant l'objet d'une discrimination.¹³⁷

5.37. L'Inde soutient également que, comme il s'est appuyé sur les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, le Groupe spécial a refusé d'examiner la question de savoir pourquoi un examen séparé des cellules et modules solaires, et des autres matériels de production était nécessaire.¹³⁸ À notre avis, en disant que "les arguments dérivatifs de l'Inde n'établiss[ai]ent pas que les mesures en cause en l'espèce [pouvaient] être distinguées à tel ou tel égard pertinent de celles examinées par l'Organe d'appel"¹³⁹, le Groupe spécial a constaté à juste titre que les arguments de l'Inde n'avaient pas d'incidence sur la détermination correcte du champ de l'article III:8 a) du GATT de 1994.¹⁴⁰

5.38. Enfin, l'Inde fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans son raisonnement selon lequel "l'Inde n'avait pas donné les raisons pour lesquelles une approche différente" de celle qui avait été suivie dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* "devrait être examinée dans le cadre des faits présentés au Groupe spécial", et selon lequel il ne pouvait donc pas "aller au-delà des critères appliqués par l'Organe d'appel" dans ces différends.¹⁴¹ Nous notons que le Groupe spécial a donné des précisions sur la question dont il était saisi, de la manière suivante:

... il apparaît que les arguments concernant l'interprétation de l'article III:8 a) avancés par les parties en l'espèce sont fondés sur leurs interprétations opposées des constatations et du raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*. La question dont nous sommes saisis n'est donc pas celle de savoir si nous devrions nous écarter des constatations et du raisonnement élaborés par l'Organe d'appel dans cette affaire[*]; en fait, la question dont nous sommes saisis est celle de savoir comment les constatations et le raisonnement de l'Organe d'appel au titre de l'article III:8 a) devraient s'appliquer aux mesures PTEN en cause dans le présent différend.¹⁴²

[*note de bas de page de l'original]²⁹⁵ La présente affaire peut donc être distinguée des autres affaires dans lesquelles l'une des parties au différend faisait valoir que le Groupe spécial devrait s'écarter d'une interprétation des accords visés donnée par l'Organe d'appel. Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, paragraphes 154 à 162; *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphes 358 à 365; et les rapports du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphes 7.55 à 7.61; et *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphes 7.311 à 7.317.

5.39. Les affaires mentionnées par le Groupe spécial dans la note de bas de page citée ci-dessus concernent la question de savoir si un groupe spécial devrait "trancher[]" la même question juridique de la même façon dans une affaire ultérieure" et s'il peut s'écarter, pour des "raisons impérieuses", de constatations antérieures de l'Organe d'appel sur la même question d'interprétation juridique.¹⁴³ À notre sens, l'Inde a cherché à établir une distinction avec les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* sur la base des faits de la cause en l'espèce, et non à obtenir une réévaluation par le Groupe spécial du bien-fondé du critère juridique et du raisonnement de l'Organe d'appel.¹⁴⁴ Contrairement à ce que l'Inde laisse entendre, nous ne pensons pas que le Groupe spécial a appliqué "en tant que principe "contraignant" un principe élaboré par l'Organe d'appel", ou n'a pas tenu compte des arguments de l'Inde parce que celle-ci n'avait pas demandé "que le Groupe spécial laisse de côté le principe

¹³⁷ Voir le paragraphe 5.24 du présent rapport.

¹³⁸ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 24.

¹³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.134.

¹⁴⁰ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.130.

¹⁴¹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 32 et titre IIE, respectivement.

¹⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.115.

¹⁴³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, paragraphe 160. (note de bas de page omise)

¹⁴⁴ Inde, réponses aux questions posées à l'audience.

du rapport de concurrence dans son intégralité".¹⁴⁵ En fait, comme il est noté plus haut, le Groupe spécial a été à juste titre guidé par la clarification et l'application de l'article III:8 a) que l'Organe d'appel a faites dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, ayant constaté que les arguments de l'Inde étaient insuffisants pour distinguer les faits en cause en l'espèce de ceux qui avaient été présentés à l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*.

5.1.5 Conclusion

5.40. Nous avons constaté plus haut que, au titre de l'article III:8 a), le produit acheté par voie d'acquisition devait nécessairement être "similaire" au produit étranger faisant l'objet d'une discrimination, ou être "directement concurrent" de ce produit ou "[pouvoir] lui être directement substitué" – en d'autres termes, être dans un "rapport de concurrence" avec le produit étranger faisant l'objet d'une discrimination. Bien qu'un examen des intrants et des procédés de production puisse éclairer la question de savoir si le produit acheté est dans un rapport de concurrence avec le produit faisant l'objet d'une discrimination, il ne remplace pas le critère du rapport de concurrence. La question de savoir si le champ d'application de l'article III:8 a) peut aussi englober la discrimination relative aux intrants et procédés de production utilisés en ce qui concerne les produits achetés se pose uniquement après qu'il a été constaté que le produit acheté est dans un rapport de concurrence avec le produit faisant l'objet d'une discrimination. Sur la base de notre examen de l'analyse et de l'approche du Groupe spécial, nous considérons que le Groupe spécial a dûment examiné les arguments de l'Inde et a procédé à sa propre évaluation objective de la question dont il était saisi, y compris les faits de la cause, et le point de savoir si les mesures PTEN étaient visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a). À notre sens, c'est sur la base de son analyse des faits qui lui avaient été présentés, y compris les caractéristiques des cellules et modules solaires, ainsi que des arguments juridiques des deux parties, que le Groupe spécial est parvenu à sa conclusion finale selon laquelle les arguments de l'Inde "n'établiss[ai]ent" pas que les mesures en cause en l'espèce [pouvaient] être distinguées à tel ou tel égard pertinent de celles examinées par l'Organe d'appel" dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*. Nous constatons par conséquent que le Groupe spécial a été à juste titre guidé par le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* lorsqu'il a constaté que les mesures PTEN n'étaient pas visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a).

5.41. Compte tenu de ce qui précède, nous rejetons l'allégation de l'Inde selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en évaluant les arguments de l'Inde concernant le champ d'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Par conséquent, nous confirmons les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.135 et 7.187 de son rapport, selon lesquelles les mesures PTEN ne sont pas visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994.

5.1.6 Éléments restants dans le cadre de l'article III:8 a) du GATT de 1994

5.42. Nous rappelons que, à part l'applicabilité de l'article III:8 a) du GATT de 1994 pour ce qui est des "produits achetés", plusieurs autres prescriptions cumulatives doivent être respectées au titre de cette disposition¹⁴⁶: i) les mesures en question sont des "lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition"¹⁴⁷; ii) l'acquisition est effectuée "par des organes gouvernementaux"¹⁴⁸;

¹⁴⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 34.

¹⁴⁶ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphes 5.57, 5.69 et 5.74), et paragraphe 7.106.

¹⁴⁷ S'agissant de cet élément, l'Organe d'appel, dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* a constaté que l'article III:8 a) exigeait "un lien énoncé entre les lois, règlements et prescriptions et l'acquisition en ce sens que l'acte d'acquisition [était] effectué à l'intérieur d'une structure contraignante de lois, règlements et prescriptions." (Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.58)

¹⁴⁸ Dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, l'Organe d'appel a conclu qu'un "organe gouvernemental" était "une entité qui agi[ssait] pour les pouvoirs publics ou en leur nom et qui exer[çait] des fonctions gouvernementales dans les limites des compétences qui lui [étaient] conférées". (Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.61)

iii) l'acquisition porte sur des produits achetés "pour les besoins des pouvoirs publics"¹⁴⁹; et iv) les produits achetés ne sont pas acquis "pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production de marchandises destinées à la vente dans le commerce".¹⁵⁰ Bien que le Groupe spécial ait constaté que la discrimination relative aux cellules et modules solaires établie par les mesures PTEN n'était pas visée par la dérogation relative à l'acquisition par les pouvoirs publics prévue à l'article III:8 a) en raison de l'absence de rapport de concurrence entre le produit acheté et le produit faisant l'objet d'une discrimination, il a jugé utile de procéder à une analyse limitée des éléments juridiques restants au titre de cette disposition.¹⁵¹ En particulier, il a constaté que les mesures PTEN étaient des "lois, règlements ou prescriptions régissant l'acquisition" d'électricité¹⁵², et que l'acquisition d'électricité était effectuée "par des organes gouvernementaux".¹⁵³ Il a également résumé les arguments des parties – mais n'a pas formulé de constatations les concernant – et a examiné, de manière limitée, les questions de savoir si l'électricité, dans le cadre des mesures PTEN, était achetée "pour les besoins des pouvoirs publics" et "non pas pour être revendu[e] dans le commerce".¹⁵⁴

5.43. L'Inde demande que nous complétions l'analyse juridique des éléments restants de l'article III:8 a) décrits plus haut, si nous devons constater que les mesures PTEN sont visées par la dérogation prévue dans cette disposition.¹⁵⁵ En particulier, l'Inde demande que nous réaffirmions les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les mesures PTEN sont des "lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition" et l'acquisition au titre des mesures PTEN est effectuée par des "organes gouvernementaux", et que nous de complétions l'analyse juridique en établissant que l'acquisition porte sur des produits achetés "pour les besoins des pouvoirs publics", et que les produits sont acquis "non pas pour être revendus dans le commerce".¹⁵⁶

5.44. Nous notons que la demande de l'Inde visant à ce que l'analyse juridique soit complétée est subordonnée à la condition que nous infirmions la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas visées par la dérogation relative à l'acquisition par les pouvoirs publics prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994.¹⁵⁷ Ayant confirmé cette constatation du Groupe spécial, nous n'avons pas besoin d'examiner, et n'examinons pas, les autres allégations et arguments connexes de l'Inde concernant l'interprétation et l'application par le Groupe spécial des éléments restants dans le cadre de l'article III:8 a) du GATT de 1994. Nous n'exprimons aucun avis sur le raisonnement et l'analyse du Groupe spécial à cet égard.

5.2 Article XX j) du GATT de 1994 – "pénurie générale ou locale"

5.45. Nous avons confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la dérogation relative à l'acquisition par les pouvoirs publics prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994 ne vise pas les mesures PTEN en cause en l'espèce, et nous passons donc à l'examen de l'appel conditionnel de l'Inde visant la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas justifiées au regard de l'exception générale prévue à l'article XX j) du GATT de 1994 pour les mesures "essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale". Dans le présent appel, l'Inde allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article XX j) et a agi d'une manière

¹⁴⁹ Dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* l'Organe d'appel a constaté que le membre de phrase "produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics" "désign[ait] ce qui [était] consommé par les pouvoirs publics ou ce qui [était] fourni par les pouvoirs publics à des bénéficiaires dans l'exercice de leurs fonctions publiques" et qu'il devrait y avoir "un lien rationnel entre le produit et la fonction gouvernementale qui [était] exercée". (Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphe 5.68)

¹⁵⁰ Dans les affaires *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* l'Organe d'appel a interprété l'expression "revente dans le commerce" comme signifiant "une revente d'un produit dans des conditions de pleine concurrence entre un vendeur consentant et un acheteur consentant", et a expliqué que cela "[devait] être évalué au regard de l'ensemble de la transaction", du point de vue à la fois du vendeur et de l'acheteur. (Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*, paragraphes 5.70 et 5.71)

¹⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.137.

¹⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.145.

¹⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.151.

¹⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.162 et 7.186.

¹⁵⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 36.

¹⁵⁶ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 61.

¹⁵⁷ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 36.

incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.¹⁵⁸ Nous résumons ci-dessous les constatations du Groupe spécial et les questions dont il est fait appel. Nous examinons ensuite l'interprétation de l'article XX j) avant de passer à l'examen de l'analyse du Groupe spécial contestée par l'Inde en appel.¹⁵⁹

5.2.1 Constatations du Groupe spécial

5.46. D'une manière générale, en ce qui concerne le champ de l'article XX j) du GATT de 1994, l'Inde a allégué devant le Groupe spécial qu'une situation de pénurie pouvait exister dans le cas d'un produit qui était disponible au niveau international mais pour lequel se faisait néanmoins sentir une "pénurie sur certains marchés locaux"¹⁶⁰, et qu'une "pénurie générale ou locale" pouvait exister dans les cas où "le produit n'[était] pas produit ou fabriqué sur un marché particulier".¹⁶¹ Spécifiquement, dans le contexte du présent différend, l'Inde a expliqué qu'elle ne cherchait pas à faire valoir que l'article XX j) était "disponible pour faire face à toute situation dans laquelle la capacité de production nationale d'un produit quelconque [était] faible".¹⁶² Elle a plutôt fait valoir qu'une "justification pour invoquer l'article XX j) devrait reposer sur le point de savoir si une mesure [était] *essentielle* [au] rétablissement de cette situation de pénurie générale ou locale"¹⁶³, ce qui, pour l'Inde, est une question qui "doit être examinée[] dans le contexte des objectifs généraux de sécurité énergétique et de croissance écologiquement durable pour lesquels l'acquisition ou la répartition de cellules et modules solaires fabriqués dans le pays est essentielle".¹⁶⁴ L'Inde a en outre déclaré que "la dépendance exclusive à l'égard des cellules et modules solaires importés comporte des risques liés aux vulnérabilités et aux fluctuations de l'offre"¹⁶⁵ et que, "[p]our parvenir à la sécurité énergétique, elle [devait] acquérir une capacité d'adaptation pour surmonter ces risques".¹⁶⁶

5.47. Le Groupe spécial a déterminé que "[l]e point de départ logique d'une évaluation au titre de l'article XX j) [était] l'identification des produits pour lesquels, d'après les allégations, se fai[sait] sentir "une pénurie générale ou locale"¹⁶⁷, et il a noté que l'Inde avait indiqué que ces produits étaient les "cellules et modules solaires".¹⁶⁸ Il a ensuite interprété le membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" figurant à l'article XX j). En ce qui concerne le concept de "pénurie", il a considéré que "l'expression "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie" fai[sait] ... référence à des produits pour lesquels la quantité de l'offre disponible ne répond[ait] pas à la demande".¹⁶⁹ S'agissant de l'expression pénurie "générale ou locale", il a indiqué que "ces termes se rapport[aient] à l'étendue de la zone géographique ou du marché où la quantité de l'offre disponible d'un produit ne répond[ait] pas à la demande", de sorte qu'ils "donn[aient] à l'article XX j) une large portée et ... couvr[aient] les pénuries d'un produit dans une région à l'intérieur d'un pays, un seul pays pris dans son ensemble, une zone incluant plusieurs pays, ou même une pénurie mondiale d'un produit".¹⁷⁰ Le Groupe spécial a donc conclu que "le sens ordinaire du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" fai[sait] référence à une situation dans laquelle la quantité de l'offre disponible d'un produit ne répond[ait] pas à la demande dans la zone géographique ou sur le marché pertinent".¹⁷¹

¹⁵⁸ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 90 et 99.

¹⁵⁹ Notre analyse met l'accent sur les arguments de l'Inde tels qu'ils se rapportent à l'interprétation et à l'application par le Groupe spécial du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" figurant à l'article XX j) du GATT de 1994. Nous examinons les arguments de l'Inde concernant la question de savoir si les mesures PTEN sont "essentiels" au sens de l'article XX j), dans la section finale du présent rapport, dans laquelle nous examinons aussi les arguments de l'Inde concernant la question de savoir si ces mesures sont "nécessaires" au sens de l'article XX d) du GATT de 1994.

¹⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 41.

¹⁶¹ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 42.

¹⁶² Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 42.

¹⁶³ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 43. (italique dans l'original)

¹⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 43.

¹⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 49.

¹⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 49.

¹⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.199.

¹⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.199 et 7.200.

¹⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205.

¹⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.206.

¹⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.207. (note de bas de page omise)

5.48. Le Groupe spécial a ensuite déterminé si une absence de capacité de production nationale équivalait à "une pénurie générale ou locale" de cellules et modules solaires au sens de l'article XX j). En réponse à l'argument de l'Inde selon lequel "son "absence de capacité de production ... de cellules et modules solaires ... équiva[rait] à une situation de pénurie locale et générale de cellules et modules solaires en Inde"¹⁷², le Groupe spécial a noté que "le membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" (products in general or local short supply) ne fai[sait] pas référence aux "produits *d'origine nationale* pour lesquels se fai[sait] sentir une pénurie générale ou locale"¹⁷³. À la différence d'autres dispositions du GATT de 1994, comme l'article III:4¹⁷⁴, l'article II:1 b) et II:1 c)¹⁷⁵, l'article XX g)¹⁷⁶ et l'article XX i)¹⁷⁷, le Groupe spécial a noté qu'il ne voyait aucun libellé dans l'article XX j) qui mentionnait la source des produits concernés, ou la question de savoir où ces produits étaient produits.¹⁷⁸ Il a en outre noté que "l'interprétation de l'article XX j) donnée par l'Inde reviendrait à interpréter le membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" ... comme signifiant "produits pour lesquels il y a une *production* générale ou locale insuffisante", ce qui équivaldrait à "un principe lourd de conséquences selon lequel tous les Membres ont droit à une part équitable de la *production* internationale des produits pour lesquels se fait sentir une pénurie".¹⁷⁹

5.49. Le Groupe spécial a également considéré que, pour faire une détermination au titre de l'article XX j) du GATT de 1994, "il [devait] y avoir un point de référence objectif pouvant servir de base à une évaluation objective de la question de savoir s'il exist[ait] une "insuffisance" ou un "volume manquant" en ce qui concerne la "quantité" d'un produit qui [était] "disponible"¹⁸⁰. Toutefois, "l'autre interprétation de l'article XX j) donnée par l'Inde ne cont[enait] aucun point de référence objectif pouvant servir de base à une évaluation objective de la question de savoir si une "pénurie" se fai[sait] sentir pour un produit", étant donné que "l'Inde n'[avait] pas expliqué de façon adéquate ce qui constituerait une "absence" de capacité de production nationale équivalant à une "pénurie"¹⁸¹. Le Groupe spécial a conclu que "le membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" fai[sait] référence à une situation dans laquelle la quantité de l'approvisionnement disponible d'un produit, en provenance de toutes sources, ne répond[ait] pas à la demande dans une zone géographique ou sur un marché pertinent".¹⁸²

5.50. En réponse à ce qu'il a considéré comme un argument subsidiaire avancé par l'Inde, selon lequel "le risque d'une perturbation des importations, et le risque d'une pénurie de cellules et modules solaires en résultant pour les exploitants d'énergie solaire indiens, fai[sait] de ces produits des "produits pour lesquels se fai[sait] sentir une pénurie générale ou locale"¹⁸³, le Groupe spécial a déterminé que "[l]e contexte immédiat du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie" n'étay[ait] pas le point de vue selon lequel il couvr[ait] les produits exposés au risque qu'une pénurie se fasse sentir".¹⁸⁴ Le Groupe spécial a en outre déterminé que "même à supposer pour les besoins de l'argumentation que le concept de "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" visé à l'article XX j) puisse être interprété comme incluant les produits exposés au risque qu'une pénurie se fasse sentir", il considérerait que "seuls les risques imminents de pénurie seraient couverts"¹⁸⁵, ce que, comme il l'a noté, l'Inde n'avait pas établi.¹⁸⁶ Pour ces raisons, le Groupe spécial a conclu que les mesures PTEN n'avaient pas trait à l'acquisition de "produits pour lesquels se fai[sait] sentir une pénurie générale ou locale" en Inde au sens de l'article XX j), et qu'elles n'étaient donc pas justifiées au

¹⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.220 (citant Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 213).

¹⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.223. (italique dans l'original)

¹⁷⁴ L'article III:4 fait référence aux "produits du territoire de tout Membre".

¹⁷⁵ L'article II:1 b) mentionne les "produits du territoire d'autres Membres" et l'article II:1 c) fait référence aux "produits de territoires admis, conformément à l'article premier, au bénéfice d'un traitement préférentiel à l'importation".

¹⁷⁶ L'article XX g) fait allusion à "la production ou à la consommation nationales".

¹⁷⁷ L'article XX i) fait référence à des "restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays".

¹⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.223.

¹⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.224. (italique dans l'original)

¹⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.225. (note de bas de page omise)

¹⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.226.

¹⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.234.

¹⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.237. (italique omis)

¹⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.245.

¹⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.255.

¹⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.263 et 7.264.

regard de l'exception générale prévue dans cette disposition.¹⁸⁷ Notant, toutefois, que ses constatations comportaient des "questions de droit et interprétations du droit nouvelles" au titre de l'article XX j), et que l'Organe d'appel pourrait infirmer ces constatations en appel, le Groupe spécial a procédé à une analyse et un examen limités afin de fournir à l'Organe d'appel des constatations factuelles concernant la question de savoir si les mesures PTEN étaient "essentielles" au sens de l'article XX j) du GATT de 1994.¹⁸⁸

5.2.2 Allégations de l'Inde en appel

5.51. L'Inde fait appel de l'analyse et des constatations du Groupe spécial au titre de l'article XX j) du GATT de 1994, et nous demande de constater que l'absence de capacité de production de cellules et modules solaires en Inde "équivalait à une situation de pénurie locale et générale", et que les mesures PTEN sont des mesures ayant trait à l'acquisition de ces produits aux fins de l'article XX j).¹⁸⁹ Elle soutient que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" parce qu'il n'a pas interprété le terme "pénurie" figurant à l'article XX j) dans le contexte des termes spécifiques employés dans cette disposition, c'est-à-dire "générale ou locale" et a, au lieu de cela, adopté une "approche qui interprétait les termes "générale ou locale" isolément du terme "pénurie".¹⁹⁰ Pour l'Inde, l'emploi de l'expression "pénurie générale ou locale" à l'article XX j) "envisage une situation de pénurie qui est distincte des situations auxquelles un "approvisionnement international" peut remédier".¹⁹¹ L'Inde estime qu'une "interprétation selon laquelle l'article XX j) ne peut pas être appliqué lorsque des importations sont disponibles tend fondamentalement vers la position voulant que seules les restrictions à l'exportation pourront être prises en considération au titre de l'article XX j), et pas les restrictions à l'importation" et que, si cette interprétation avait été voulue par les rédacteurs, ils "l'auraient indiqué explicitement, comme cela avait été fait dans le contexte de l'article XI:2 du GATT de 1994".¹⁹² S'agissant de la question des risques liés à la dépendance à l'égard des importations, l'Inde fait valoir que le Groupe spécial a qualifié de manière erronée son argument d'"argument subsidiaire"¹⁹³, ajoutant qu'elle n'avait pas l'intention de "faire du concept de "risque" un élément central de [son] moyen de défense, comme l'a conclu le Groupe spécial".¹⁹⁴ Au lieu de cela, elle "réitère son argument fondamental selon lequel une "pénurie générale ou locale" existe en premier lieu à cause de la faible production nationale" et sa vulnérabilité "aux risques liés à l'approvisionnement international et aux fluctuations du marché".¹⁹⁵

5.52. L'Inde allègue en outre que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en rejetant les arguments qu'elle a présentés au sujet du concept de "capacité de production suffisante" et le contexte dans lequel elle a fait référence à ce concept, qui était de faire valoir que les mesures PTEN ne cherchaient pas à "développer au maximum" l'autosuffisance ou à "minimiser" la dépendance à l'égard des importations, mais à "réduire" les risques liés à cette dépendance.¹⁹⁶ L'Inde affirme qu'elle a présenté des éléments de preuve de ce qui constituerait une "capacité de production suffisante" qui "permettrait de supprimer les mesures PTEN"¹⁹⁷, et soutient qu'"elle n'[avait] pas l'intention d'appliquer les PTEN indéfiniment".¹⁹⁸ À son avis, "[l]e refus du Groupe spécial de tenir compte des arguments de l'Inde" équivalait à un manquement aux devoirs du Groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.¹⁹⁹ L'Inde conclut en nous demandant de constater que "son absence de capacité de production de cellules et modules solaires équivalait à une situation de pénurie locale et

¹⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.265. Ayant constaté que les cellules et modules solaires n'étaient pas des "produits pour lesquels se fai[sait] sentir une pénurie générale ou locale" en Inde, le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire d'examiner si les mesures PTEN avaient trait "à l'acquisition ou à la répartition" de ces produits. (*Ibid.*, note de bas de page 629 relative au paragraphe 7.265)

¹⁸⁸ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.335.

¹⁸⁹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 106.

¹⁹⁰ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 73.

¹⁹¹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 86.

¹⁹² Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 87. (note de bas de page omise)

¹⁹³ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 100 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.237).

¹⁹⁴ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 102.

¹⁹⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 104. (*italique et soulignement dans l'original*)

¹⁹⁶ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 91 à 101.

¹⁹⁷ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 94.

¹⁹⁸ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 94. (note de bas de page omise)

¹⁹⁹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 99.

générale de ces produits en Inde, et que les mesures PTEN sont des mesures ayant trait à l'acquisition de ces produits aux fins de l'article XX j).²⁰⁰

5.53. Pour leur part, les États-Unis nous demandent de confirmer les constatations du Groupe spécial. Selon eux, le Groupe spécial a interprété correctement l'expression "pénurie générale ou locale", dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but²⁰¹, et a rejeté à juste titre l'argument de l'Inde selon lequel une absence de production nationale pouvait constituer une situation de "pénurie" au sens de l'article XX j).²⁰² Les États-Unis affirment que le terme "produits" employé à l'article XX j) "n'est pas nuancé par l'origine, ce qui indique qu'il est question de l'offre de ce produit sans égard pour l'origine ou la "source d'approvisionnement""²⁰³ et ajoutent, à titre de comparaison, que d'autres "dispositions du GATT de 1994 qui portent sur des produits ayant une origine donnée précisent explicitement ce fait", comme l'article III:4, l'article II:1 b) et II:1 c), et l'article XX i).²⁰⁴ Les États-Unis contestent également l'affirmation de l'Inde selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 11 du Mémorandum d'accord en évaluant les arguments qu'elle a présentés concernant l'absence de capacité de production nationale pour les cellules et modules solaires.²⁰⁵

5.54. Nous passons maintenant à l'appel de l'Inde tel qu'il se rapporte à l'interprétation par le Groupe spécial de l'article XX j) du GATT de 1994, et en particulier au membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale". Nous commençons par examiner les aspects essentiels du critère juridique devant être appliqué pour déterminer si une mesure peut être provisoirement justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994.

5.2.3 Critère juridique au titre de l'article XX j) du GATT de 1994

5.55. La partie pertinente de l'article XX j) dispose que rien dans le GATT de 1994 ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre des mesures:

essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale; *toutefois*, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel tous les Membres ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister.²⁰⁶

5.56. L'Organe d'appel a expliqué que l'évaluation d'un moyen de défense au titre de l'article XX supposait une analyse en deux étapes au cours de laquelle une mesure devait d'abord être justifiée provisoirement au regard de l'un des paragraphes de l'article XX, avant qu'il soit montré qu'elle était compatible avec les conditions du texte introductif de l'article XX.²⁰⁷ Cet "ordre des étapes" à suivre pour analyser une allégation au titre de l'article XX ne dénote "pas un choix fortuit ou aléatoire, mais plutôt la structure et la logique fondamentales de l'article XX du GATT de 1994".²⁰⁸

5.57. S'agissant de la première partie de l'analyse, il est bien établi que, pour qu'une partie défenderesse justifie provisoirement une mesure au regard d'une exception prévue à l'article XX, deux éléments doivent être démontrés: premièrement, la mesure traite l'intérêt particulier spécifié dans ce paragraphe²⁰⁹; et, deuxièmement, il existe un lien suffisant entre la mesure et l'intérêt

²⁰⁰ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 106.

²⁰¹ Voir États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 88.

²⁰² États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphes 93 et 94.

²⁰³ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 91.

²⁰⁴ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 91.

²⁰⁵ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 103.

²⁰⁶ Italique dans l'original.

²⁰⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 24. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 64; *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 119 et 120; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169.

²⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 119.

²⁰⁹ Il s'agirait du fait d'"assurer le respect des lois ou règlements" dans le cas de l'article XX d) et de "l'acquisition ou [de] la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" dans le cas de l'article XX j).

protégé, qui est spécifié par l'emploi de termes comme "nécessaires pour" à l'article XX d) et, dans le cas de l'article XX j), "essentielles à".²¹⁰

5.58. Comme il s'agit de la première affaire dans laquelle l'Organe d'appel est appelé à interpréter l'article XX j) du GATT de 1994, nous passons brièvement en revue notre jurisprudence au titre des autres paragraphes de l'article XX, et en particulier notre jurisprudence récente au titre de l'article XX d), afin d'évaluer sa possible pertinence pour l'article XX j). En ce qui concerne le premier élément de l'analyse envisagée au titre de l'article XX d), l'Organe d'appel a dit que la partie défenderesse avait la charge de démontrer: qu'il existait des "lois et règlements"; que ces "lois et règlements" n'étaient "pas incompatibles avec les dispositions du" GATT de 1994; et que la mesure qu'il s'agissait de justifier était conçue "pour assurer le respect" de ces "lois et règlements". Un examen d'un moyen de défense au titre de l'article XX d) comprend donc un examen liminaire initial du lien entre la mesure contestée et les "lois et règlements" qui ne sont pas incompatibles avec le GATT afin de déterminer si la mesure est conçue "pour assurer le respect" de règles, obligations ou prescriptions spécifiques prévues par les dispositions pertinentes de ces "lois et règlements".²¹¹ Si l'évaluation de la conception d'une mesure, y compris sa teneur, sa structure et son fonctionnement prévu, montre que la mesure n'est "pas apte" à assurer le respect de règles, obligations ou prescriptions spécifiques prévues par les dispositions pertinentes des "lois et règlements" qui ne sont pas incompatibles avec le GATT, la mesure ne peut pas être justifiée au regard de l'article XX d) et ce serait la fin de l'examen.²¹²

5.59. En ce qui concerne le deuxième élément de l'analyse envisagée à l'article XX d), l'Organe d'appel a dit qu'une détermination du point de savoir si une mesure était "nécessaire" impliquait un examen global et plus approfondi du lien entre la mesure incompatible et les lois et règlements pertinents. Cela suppose, dans chaque cas, de "sopeser et mettre en balance" une série de facteurs, y compris: l'étendue de la contribution de la mesure qu'il s'agit de justifier à la réalisation du but poursuivi (c'est-à-dire assurer le respect de règles, obligations ou prescriptions spécifiques prévues par les dispositions pertinentes des "lois et règlements" qui ne sont pas incompatibles avec les règles de l'OMC); l'importance relative de la valeur ou de l'intérêt sociétal que la "loi ou le règlement" vise à protéger; et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure contestée.²¹³ Dans la plupart des cas, une comparaison entre la mesure contestée et des mesures de rechange raisonnablement disponibles devrait ensuite être effectuée.²¹⁴

5.60. Le cadre analytique applicable aux éléments "conception" et "nécessité" de l'analyse envisagée au titre de l'article XX d) est pertinent *mutatis mutandis* également au titre de l'article XX j). Comme pour l'article XX d), il apparaîtrait que l'examen d'un moyen de défense au titre de l'article XX j) comprend un examen liminaire initial de la "conception" de la mesure en cause, y compris sa teneur, sa structure et son fonctionnement prévu. Dans le cas de l'article XX j), la partie défenderesse doit identifier le lien entre la mesure et "l'acquisition ou ... la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale", alors que dans

²¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.202. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphes 5.67; *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169; *États-Unis – Jeux*, paragraphe 292; et *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 157.

²¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.126 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.203). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphes 5.68 et 5.69 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.203; *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 72; *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 135 à 142; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.144).

²¹² Voir le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.126. Toutefois, comme l'Organe d'appel l'a indiqué, "[u]n groupe spécial ne doit pas ... structurer son analyse [de l'étape concernant la "conception"] de telle manière qu'il est amené à tronquer cette analyse prématurément, empêchant ainsi l'examen d'aspects cruciaux du moyen de défense du défendeur se rapportant à l'analyse de la "nécessité". (Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.126 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.203))

²¹³ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphes 5.71 à 5.73 et 5.77; et *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphes 162 à 164.

²¹⁴ L'Organe d'appel a expliqué que, dans la plupart des cas, un groupe spécial devait comparer la mesure contestée et les mesures de rechange possibles qui assuraient le même niveau de protection tout en étant moins restrictives pour le commerce (rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.74). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 307, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 166).

le cas de l'article XX d), un groupe spécial doit examiner le lien entre la mesure et le fait d'"assurer le respect" de dispositions pertinentes de lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec le GATT.²¹⁵ Si l'évaluation de la conception d'une mesure, y compris sa teneur, sa structure et son fonctionnement prévu, montre que la mesure n'est "pas apte", dans le cas de l'article XX j), à traiter "l'acquisition ou ... la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" ou, dans le cas de l'article XX d), à "assurer le respect des [dispositions pertinentes de] lois et règlements qui ne sont pas incompatibles" avec le GATT de 1994, il n'existe pas de lien qui satisfasse aux prescriptions de l'élément "conception". Dans les deux cas, il ne serait pas requis de poursuivre l'analyse pour ce qui est de savoir si la mesure est "nécessaire" ou "essentielle".²¹⁶ Il en est ainsi parce qu'il ne peut pas y avoir de justification au regard de l'article XX j) pour une mesure qui n'est pas "conçue" pour traiter "l'acquisition ou ... la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale", de même qu'il ne peut pas y avoir de justification au regard de l'article XX d) pour une mesure qui n'est pas "conçue" pour assurer le respect de dispositions pertinentes de lois ou règlements qui ne sont pas incompatibles avec le GATT.²¹⁷

5.61. Nous rappelons que, même si les éléments "conception" et "nécessité" peuvent fournir un cadre analytique utile pour évaluer si une mesure est justifiée provisoirement au regard de l'article XX d), ils sont "conceptuellement distincts".²¹⁸ Ce sont toutefois des aspects liés de l'examen général à effectuer pour savoir si un défendeur a établi que la mesure en cause était "nécessaire[]" pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles" avec le GATT de 1994²¹⁹, et la structure de l'analyse au titre de l'article XX d) n'a donc pas à suivre une "voie rigide".²²⁰ Ainsi, la manière dont un groupe spécial organise son examen de ces éléments peut être influencée non seulement par les mesures en cause ou les lois et règlements indiqués par le défendeur, mais aussi par la façon dont les parties présentent leurs arguments et éléments de preuve respectifs.²²¹ Ces considérations sont également pertinentes pour l'analyse effectuée au titre de l'article XX j) pour évaluer si une mesure est "essentielle[]" à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale".

5.62. Les participants en l'espèce sont en désaccord sur le point de savoir si le terme "essentiel[]" figurant à l'article XX j) établit un seuil juridique plus rigoureux que l'analyse de la nécessité au titre de l'article XX d).²²² L'Organe d'appel a expliqué à cet égard que, dans un champ sémantique allant d'"indispensable" à "favoriser", une mesure "nécessaire" "se situe beaucoup plus près du pôle "indispensable" que du pôle opposé: "favoriser" simplement".²²³ Le terme "essentiel" est à son tour défini comme étant "[a]bsolument indispensable ou nécessaire".²²⁴ Le sens ordinaire de ce terme semble donc indiquer que ce mot se situe au moins aussi près de l'extrémité "indispensable" du champ sémantique que le mot "nécessaire".

5.63. Cela dit, nous rappelons qu'une analyse de la "nécessité" au titre de l'article XX d) suppose de "soupeser et mettre en balance" une série de facteurs. Nous considérons que le même

²¹⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.126. L'Organe d'appel a observé que les objectifs de la loi ou du règlement pertinent, ou les valeurs ou intérêts communs qu'il protège, peuvent contribuer à clarifier la teneur des règles, obligations ou prescriptions spécifiques figurant dans cette loi ou ce règlement. (Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, note de bas de page 272 relative au paragraphe 5.126 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, note de bas de page 495 relative au paragraphe 6.203))

²¹⁶ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.126.

²¹⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.126 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.203; et *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 72).

²¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.125.

²¹⁹ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.125; et *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.205.

²²⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.205.

²²¹ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.205.

²²² L'Inde fait valoir, sur la base des définitions données par les dictionnaires, que le terme "nécessaire" est synonyme du terme "essentiel", et que la prescription voulant qu'une mesure soit "essentielle" "ne se limite pas à ce qui est "absolument indispensable" mais vise aussi des situations qui sont "nécessaires"". (Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 120) Pour leur part, les États-Unis affirment que le terme "essentiel" semble indiquer un "caractère indispensable plus fort" que le terme "nécessaire", et que démontrer qu'une mesure est "essentielle" "exige [donc] un seuil plus élevé que de prouver qu'une mesure est simplement "nécessaire"". (États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 122)

²²³ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 161.

²²⁴ Voir *Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 865.

processus de soupesage et de mise en balance est pertinent pour évaluer si une mesure est "essentielle" au sens de l'article XX j). En particulier, nous jugeons pertinent d'évaluer l'étendue de la contribution de la mesure qu'il s'agit de justifier: "à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale"; à l'importance relative des valeurs ou intérêts sociétaux que la mesure vise à protéger; et au caractère restrictif pour le commerce de la mesure contestée. Dans la plupart des cas, une comparaison entre la mesure contestée et des mesures de rechange raisonnablement disponibles devrait ensuite être effectuée.²²⁵

5.64. Comme il a été indiqué, l'article XX j) établit une exception générale pour les mesures "essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale". Les "produits" en cause sont ceux pour lesquels une "pénurie" doit se faire sentir. Il doit donc être établi qu'il existe des "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale", et que les mesures contestées sont "essentielles à l'acquisition ou à la répartition" de ces produits. Nous notons aussi que l'article XX j) dispose que les mesures visées par l'exception générale prévue à l'article XX j) sont assujetties à la prescription selon laquelle elles "devront être compatibles avec le principe selon lequel tous les Membres ont droit à une part équitable de l'*approvisionnement international* de ces produits"²²⁶, et que les Membres peuvent prendre des mesures incompatibles avec le GATT qui sont essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits "pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale", sous réserve de la prescription selon laquelle ces mesures "seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister". Compte tenu de ce libellé à l'article XX j), nous considérons qu'une interprétation correcte de cette disposition, y compris le membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale", exige un examen minutieux de la manière dont les différents termes employés dans cette disposition s'éclairent les uns les autres, et devrait donc avoir un caractère global.

5.65. S'agissant tout d'abord du membre de phrase "products ... in short supply" (produits pour lesquels se fait sentir une pénurie), nous notons que ce libellé fait généralement référence aux produits "available only in limited quantity, scarce" (disponibles seulement en quantité limitée, rares).²²⁷ Nous croyons comprendre que le membre de phrase "products ... in short supply" (produits pour lesquels se fait sentir une pénurie) fait donc référence aux produits pour lesquels il y a "shortage" (pénurie), c'est-à-dire "[d]eficiency in quantity; an amount lacking" ([i]nsuffisance en quantité; un volume manquant).²²⁸ Cette interprétation est renforcée par le fait que les versions française et espagnole de l'article XX j) parlent, respectivement, de "*pénurie*" et de "*penuria*", termes qui se traduisent le mieux par "shortage" en anglais.

5.66. Nous notons que le terme "supply" (offre) est défini comme étant "[t]he amount of any commodity *actually produced and available for purchase*" ([l]a quantité de tout produit *effectivement produit et disponible à l'achat*), et que, dans son sens ordinaire, le terme "offre" est le "corollaire" du terme "demande".²²⁹ Il apparaîtrait donc qu'une évaluation du point de savoir s'il existe une "insuffisance" ou "un volume manquant" en ce qui concerne la "quantité" d'un produit qui est *disponible* implique une comparaison entre l'"offre" et la "demande", de sorte qu'on pourrait dire qu'"une pénurie" se fait sentir pour des produits lorsque la "quantité" d'un produit qui est "disponible" ne répond pas à la "demande" de ce produit.

5.67. Cela nous amène à la question de l'étendue de la zone géographique ou du marché où la quantité de l'offre "disponible" d'un produit devrait être comparée avec la demande. L'article XX j) fait référence, à cet égard, aux produits pour lesquels se fait sentir une pénurie "générale ou locale". Parmi les définitions que donnent les dictionnaires du terme "local" (local), figurent "in a particular locality or neighbourhood, esp. a town, county, etc., as opp. to the country as a whole"

²²⁵ Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.169 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 307, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 166).

²²⁶ Pas d'italique dans l'original.

²²⁷ *Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds) (Oxford University Press, 2007), volume 2, page 3115. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 325.

²²⁸ *Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds) (Oxford University Press, 2007), volume 2, page 2813. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 325.

²²⁹ Voir *Shorter Oxford English Dictionary*, 5^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds) (Oxford University Press, 2002), volume 2, page 3118. (pas d'italique dans l'original)

(dans une localité ou un quartier particulier, notamment une ville, un comté, etc., par opposition au pays dans son ensemble) et "limited or peculiar to a particular place or places" (limité ou propre à un lieu ou des lieux particuliers).²³⁰ Le terme "general" ("général") est lui-même défini de manière pertinente comme "all or nearly all of the parts of a (specified or implied) whole, as a territory, community, organization, etc.; completely or nearly universal; not partial, particular, local, or sectional" (la totalité ou la quasi-totalité des parties d'un ensemble (spécifié ou implicite), comme un territoire, une collectivité, une organisation, etc.; totalement ou pratiquement universel; non partiel, particulier, local ou sectoriel).²³¹ Le sens ordinaire de ces termes semblent donc indiquer que l'expression "générale ou locale" fait référence à diverses pénuries de produits, qui peuvent englober celles qui apparaissent localement, dans une région ou sur un territoire à l'intérieur d'un pays, ou qui débordent les frontières d'un pays particulier. Dans le contexte de l'article XX j), toutefois, nous croyons comprendre que le membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" est centré sur les produits pour lesquels se fait sentir une pénurie sur le territoire du Membre qui invoque l'article XX j). Cela ne signifie pas qu'une situation de pénurie "générale" ne peut pas déborder les frontières de ce territoire, pour autant qu'elle existe aussi sur ce territoire. Nous interprétons également les termes "générale" et "locale", conjointement avec la conjonction disjonctive "ou", comme donnant à penser qu'il n'est pas obligatoire pour un Membre de démontrer que la pénurie s'étend à toutes les parties de son territoire, mais que, selon les circonstances, il peut être suffisant de démontrer que cette situation de pénurie existe localement ou est limitée à certaines parties du territoire.

5.68. Passant à l'examen de la question de savoir si l'article XX j) concerne l'origine de produits qui peuvent être "disponibles" dans une zone géographique ou sur un marché particulier, nous notons que le membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" est immédiatement précédé de l'expression "l'acquisition ou ... la répartition de". Le terme "acquisition" (acquisition) fait généralement référence à "[t]he action of acquiring something..." (l'action consistant à acquérir quelque chose)²³², et le terme "distribution" (répartition) est défini comme étant "[t]he action of spreading or dispersing throughout a region" (l'action consistant à diffuser ou disperser dans l'ensemble d'une région).²³³ L'article XX j) envisage donc des mesures qui visent à remédier à des situations de "pénurie" en prévoyant "l'acquisition ou ... la répartition" de produits donnés. Selon ses termes, l'article XX j) ne limite pas le champ des sources potentielles d'approvisionnement aux produits "nationaux" fabriqués dans un pays particulier qui peuvent être "disponibles" à l'achat sur un marché donné. Il n'exclut pas non plus la possibilité que des produits en provenance de sources situées à l'extérieur d'une zone géographique ou d'un marché particulier soient aussi "disponibles" pour satisfaire la demande. Dans ce sens, le libellé de l'article XX j), qui ne mentionne pas l'origine des produits qui peuvent être "acquis" ou "répartis", peut être opposé, par exemple, à celui de l'article III:4 du GATT de 1994, qui fait expressément référence aux "produits du territoire de tout Membre" et aux "produits similaires d'origine nationale"; et à celui de l'article XX g) du GATT de 1994, qui fait référence à "la production ou à la consommation nationales".²³⁴

5.69. Pour déterminer si une pénurie générale ou locale se fait sentir pour des produits, il est pertinent d'examiner la quantité de produits *produits* dans la zone géographique ou sur le marché particulier où existe la pénurie alléguée. Il n'y a toutefois aucune raison de ne pas tenir dûment compte de la quantité de produits qui est produite dans d'autres parties d'un pays particulier, ainsi que dans d'autres pays, à condition que ces quantités soient "disponibles" à l'achat dans la zone géographique ou sur le marché pertinent. De plus, bien qu'un accroissement de la capacité de production ou de la production dans une zone géographique particulière puisse entraîner une

²³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.206 (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds) (Oxford University Press, 2002), volume 1, page 1619).

²³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.206 (citant le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds) (Oxford University Press, 2002), volume 1, page 1081).

²³² *Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 20.

²³³ *Shorter Oxford English Dictionary*, 6^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 720.

²³⁴ Nous notons en outre que l'article XX j) prescrit que les mesures devant être justifiées au regard de cette exception "devront être compatibles avec le principe selon lequel tous les Membres ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits". Ce libellé étaye en outre l'idée qu'une évaluation de la question de savoir si "se fait sentir pour des produits une pénurie générale ou locale" exige un examen de *toutes les sources* d'approvisionnement qui peuvent être "disponibles" dans une zone géographique ou sur un marché donné, et que "l'approvisionnement international" ne doit pas être exclu de l'examen.

augmentation de la quantité totale d'un produit disponible à l'achat dans cette zone, cette augmentation ne signifie pas que les producteurs nationaux vendront nécessairement leur production à des acheteurs nationaux, au lieu d'exporter leur production en la vendant à des acheteurs à l'étranger. Une évaluation de la question de savoir s'il y a des "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" ne devrait pas être axée exclusivement sur la disponibilité de l'offre en provenance de sources "nationales", par opposition aux sources étrangères ou "internationales".

5.70. Passant à l'examen de la question de savoir si le membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" a une dimension temporelle, nous rappelons que l'article XX j) dispose que toutes mesures prises au titre du paragraphe j) "seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister". Selon notre interprétation, ce libellé de l'article XX j) envisage des situations de "pénurie" qui peuvent se prolonger dans le temps, mais ne devraient néanmoins pas durer indéfiniment. Une analyse de la question de savoir si un défendeur a identifié des "produits pour lesquels se fai[sait] sentir une pénurie générale ou locale" n'est donc pas réalisée, à notre avis, en examinant uniquement s'il y a, à un moment précis, une différence mathématique entre la demande et la quantité de l'offre qui est "disponible" à l'achat dans une zone géographique ou sur un marché particulier. En fait, l'article XX j) exige un examen minutieux de la relation entre l'offre et la demande sur la base d'un examen global des tendances de l'offre et de la demande telles qu'elles évoluent dans le temps, ainsi que de la question de savoir si les circonstances ayant donné lieu à la pénurie ont cessé d'exister.

5.71. Compte tenu de ce qui précède, nous interprétons l'article XX j) du GATT de 1994 comme dénotant un équilibre entre différentes considérations à prendre en compte pour évaluer si "une pénurie générale ou locale" se fait sentir pour des produits. En particulier, un groupe spécial devrait examiner la mesure dans laquelle un produit particulier est "disponible" à l'achat dans une zone géographique ou sur un marché particulier, et si cela est suffisant pour répondre à la demande dans la zone ou sur le marché pertinent. Cette analyse peut, dans les cas appropriés, prendre en compte non seulement le niveau de production nationale d'un produit particulier et la nature du produit pour lequel il est allégué que se fait sentir une "pénurie générale ou locale"²³⁵, mais aussi des facteurs comme le produit et le marché géographique pertinents²³⁶, les fluctuations potentielles des prix sur le marché pertinent, le pouvoir d'achat des consommateurs étrangers et nationaux, ainsi que le rôle joué par les producteurs étrangers et nationaux sur un marché particulier, y compris la mesure dans laquelle les producteurs nationaux vendent leur production à l'étranger. Il faudrait dûment tenir compte de la quantité totale des importations qui peut être "disponible" pour répondre à la demande dans une zone géographique ou sur un marché particulier. Il peut donc être pertinent d'examiner la mesure dans laquelle l'approvisionnement international d'un produit est stable et accessible, y compris en examinant des facteurs comme la distance entre une zone géographique ou un marché particulier et les sites de production, ainsi que la fiabilité des chaînes d'approvisionnement locales ou transnationales. La question de savoir si des facteurs sont pertinents et quels sont ces facteurs dépendra nécessairement des particularités de chaque affaire. De même qu'il peut y avoir des facteurs qui influent sur la "disponibilité" des importations dans un cas particulier, il est possible que, malgré l'existence d'une capacité de production, les produits nationaux ne soient pas "disponibles" dans toutes les parties d'un pays donné, ou ne soient pas "disponibles" en quantités suffisantes pour répondre à la demande. Dans tous les cas, la partie défenderesse a la charge de démontrer que la quantité de l'offre "disponible" en provenance de sources aussi bien nationales qu'internationales sur le marché géographique pertinent est insuffisante pour répondre à la demande.

5.72. Notre interprétation de l'article XX j) du GATT de 1994 est conforme au préambule de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord sur l'OMC), qui évoque l'"utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec [les] besoins et soucis respectifs [des Membres] à différents niveaux de développement économique". Les différents niveaux de développement économique des Membres peuvent, selon les circonstances, avoir une incidence

²³⁵ Il peut être pertinent, par exemple, d'examiner si la mesure concerne des marchandises périssables ou des produits alimentaires, ou des produits qui peuvent être difficiles à transporter.

²³⁶ L'examen de facteurs comme l'homogénéité des produits, la substituabilité du côté de l'offre et du côté de la demande peut aussi être pertinent pour évaluer correctement s'il y a pénurie d'un produit particulier sur un marché donné.

sur la disponibilité de l'offre d'un produit sur un marché donné. Les pays en développement peuvent, par exemple, avoir une production nationale moindre, et être plus vulnérables aux perturbations de l'approvisionnement que les pays développés. Ces facteurs peuvent être pertinents pour évaluer la *disponibilité* d'un produit dans un cas particulier, et partant pour évaluer si "une pénurie générale ou locale" se fait sentir pour un produit.²³⁷

5.2.4 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les cellules et modules solaires n'étaient pas des produits pour lesquels se faisait sentir une pénurie en Inde

5.73. Nous rappelons que le Groupe spécial a considéré que "l'expression "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie" fai[sait] ... référence à des produits pour lesquels la quantité de l'offre disponible ne répond[ait] pas à la demande".²³⁸ Le Groupe spécial a donc conclu que "le sens ordinaire du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" fai[sait] référence à une situation dans laquelle la quantité de l'offre disponible d'un produit ne répond[ait] pas à la demande dans la zone géographique ou sur le marché pertinent".²³⁹ Sur la base de son analyse du texte et du contexte de l'article XX j) du GATT de 1994, ainsi que de la jurisprudence pertinente, le Groupe spécial a constaté que "le membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" fai[sait] référence à une situation dans laquelle la quantité de l'approvisionnement disponible d'un produit, *en provenance de toutes sources*, ne répond[ait] pas à la demande dans une zone géographique ou sur un marché pertinent"²⁴⁰ et qu'il "ne fai[sait] pas référence aux produits pour lesquels il y [avait] simplement une absence de capacité de production nationale".²⁴¹ Il a ajouté que "[l']Inde n'[avait] pas fait valoir que la quantité de cellules et modules solaires disponible en provenance de toutes sources, aussi bien internationales que nationales, n'était pas suffisante pour répondre à la demande des exploitants d'énergie solaire indiens ou d'autres acquéreurs".²⁴²

5.74. Comme nous l'avons expliqué plus haut, une évaluation de la question de savoir si un Membre a identifié des "produits pour lesquels se fai[sait] sentir une pénurie générale ou locale" exige une analyse au cas par cas de la relation entre l'offre et la demande sur la base d'un examen global de tous les facteurs pertinents.²⁴³ Nous sommes d'accord avec l'Inde dans la mesure où elle laisse entendre qu'un accroissement de la "capacité" de production nationale peut entraîner une augmentation de la quantité totale de l'offre disponible d'un produit. Toutefois, nous ne sommes pas d'avis qu'une absence de "capacité" de production nationale "suffisante" constituera nécessairement une "pénurie" de produits sur un marché particulier, comme l'Inde semble le laisser entendre. Il ne découle pas non plus d'un accroissement de la capacité de production nationale que les producteurs nationaux vendront nécessairement leur production à des acheteurs nationaux, au lieu de l'exporter vers des acheteurs à l'étranger.

5.75. Cela nous amène à l'argument de l'Inde selon lequel une dépendance persistante à l'égard des cellules et modules solaires importés l'expose à des risques liés à une dépendance persistante aux importations. Devant le Groupe spécial, l'Inde a dit que "[t]oute dépendance à l'égard des importations comport[ait] des risques liés aux vulnérabilités et fluctuations de l'approvisionnement"²⁴⁴ et que, comme "[s]es installations photovoltaïques utilis[aient] principalement des cellules et modules importés", cela "[l']expos[ait] aux risques liés aux fluctuations du marché des approvisionnements internationaux".²⁴⁵ Selon elle, l'intervention des pouvoirs publics était donc "nécessaire pour limiter autant que possible la dépendance à l'égard des [importations]" et pour "garantir la capacité d'adaptation du pays à toute perturbation de

²³⁷ Nous rappelons qu'il doit également être établi que la mesure contestée est "essentielle[]" à l'acquisition ou à la répartition de" ces produits.

²³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205.

²³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.207. Le Groupe spécial a ensuite confirmé son interprétation du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" en ayant recours à l'historique de la négociation du GATT de 1994.

²⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.234. (pas d'italique dans l'original)

²⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.236.

²⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.236.

²⁴³ Voir le paragraphe 5.71 du présent rapport.

²⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 33.

²⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 35.

l'offre".²⁴⁶ L'Inde a réitéré en appel ces arguments relatifs aux risques liés à une dépendance persistante à l'égard des cellules et modules solaires importés.²⁴⁷

5.76. Nous croyons comprendre que les arguments de l'Inde concernant les risques allégués inhérents à la dépendance persistante à l'égard des cellules et modules solaires importés se rapportent à la question de la *disponibilité* de l'offre, et nous convenons que de telles considérations pourraient, en principe, être pertinentes pour évaluer si une situation de "pénurie" existe. Bien qu'un examen des risques potentiels de perturbation de l'approvisionnement d'un produit donné puisse éclairer la question de savoir si une situation de "pénurie" existe, nous prenons note de la constatation du Groupe spécial indiquant que l'Inde "n'[avait] identifié aucune perturbation effective des importations de cellules et modules solaires à ce jour", et que les exploitants d'énergie solaire en Inde n'avaient pas été "touchés par une perturbation effective de l'approvisionnement de cellules et modules solaires étrangers abordables".²⁴⁸

5.77. Nous sommes en outre en désaccord avec l'Inde dans la mesure où il apparaît qu'elle suppose, premièrement, que toutes les importations, en elles-mêmes et à elles seules, comportent des risques liés à l'approvisionnement et, en ce sens, ne sont pas "disponibles" pour répondre à la demande²⁴⁹; et, deuxièmement, que ces risques sont inacceptables tant que la capacité de production nationale de cellules et modules solaires n'a pas atteint un niveau suffisant, de sorte qu'une situation de "pénurie" existe tant que la capacité de production nationale est inférieure à ce niveau.²⁵⁰ En tout état de cause, même à supposer qu'il puisse y avoir des risques de perturbation de l'approvisionnement des importations sur un marché particulier, il peut également arriver que ces risques existent en relation avec la production nationale. Ainsi, pour évaluer si des produits sont "disponibles" dans une zone ou sur un marché particulier, tous les facteurs pertinents doivent être pris en considération, de telle sorte qu'une analyse de la question de savoir si un défendeur a identifié une situation de "pénurie" est effectuée au cas par cas pour chacune des sources d'approvisionnement concernées, qu'il s'agisse de l'approvisionnement étranger et national.

5.78. Nous notons en outre que, au cours du présent différend, l'Inde a cherché à justifier ses mesures PTEN sur la base des objectifs de politique générale qui les sous-tendent. Elle fait valoir que les mesures PTEN devraient être examinées à la lumière des objectifs de politique générale suivants: "i) garantir la sécurité énergétique et un développement durable; et ii) assurer une croissance écologiquement durable tout en relevant les défis du changement climatique".²⁵¹ Elle fait valoir, par exemple, qu'"[e]lle ne prétend pas ... que l'article XX j) est une exception qui permettrait aux pays d'imposer des restrictions à l'importation pour tous les produits, sans exception, qu'ils ne peuvent pas produire ou fabriquer eux-mêmes", mais qu'une "justification d'un recours à l'article XX j) devrait reposer sur le point de savoir si une mesure est *essentielle* pour remédier à cette situation de pénurie générale ou locale", qui concerne le "lien entre une mesure et son objectif d'acquisition ou de répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale".²⁵² Elle fait en outre valoir que les mesures PTEN sont compatibles avec l'article XX j) parce qu'elles "doivent être examinées dans le contexte des objectifs généraux de sécurité énergétique et de croissance écologiquement durable pour lesquels l'acquisition ou la répartition de cellules et modules solaires fabriqués dans le pays est *essentielle*".²⁵³

5.79. Bien que des considérations de politique générale comme celles auxquelles l'Inde fait référence puissent éclairer la nature et l'importance de l'offre et de la demande, elles ne libèrent pas la partie défenderesse qui invoque l'exception prévue à l'article XX j) de la charge de démontrer que des produits importés ne sont pas "disponibles" pour répondre à la demande et qu'"une pénurie générale ou locale" se fait sentir pour les produits en cause.

²⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 35.

²⁴⁷ Nous notons que l'Inde "réitère son argument fondamental selon lequel une "pénurie générale ou locale" *existe* en premier lieu à cause d'une faible production nationale" et sa vulnérabilité "aux risques liés à l'approvisionnement international et aux fluctuations du marché". (Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 104 (italique et soulignement dans l'original))

²⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.262.

²⁴⁹ Voir Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 101.

²⁵⁰ Voir Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 93.

²⁵¹ Rapport du Groupe spécial, Add.1, Annexe B-3, paragraphe 34.

²⁵² Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 68. (italique dans l'original; note de bas de page omise)

²⁵³ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 68. (italique dans l'original; note de bas de page omise)

5.80. L'Inde soutient en outre que, selon l'interprétation de l'article XX j) donnée par le Groupe spécial, des restrictions à l'importation ne pourraient pas être justifiées au regard de cette disposition.²⁵⁴ Elle laisse entendre que si les rédacteurs avaient voulu ce résultat, ils "l'auraient indiqué explicitement, comme cela avait été fait dans le contexte de l'article XI:2 du GATT de 1994"²⁵⁵, ainsi que de l'article XX i).²⁵⁶ Bien que le Groupe spécial ait donné des exemples de mesures non liées aux exportations qui pourraient vraisemblablement être justifiées au regard de l'article XX j)²⁵⁷, l'Inde laisse entendre que les exemples donnés par le Groupe spécial ne "traitent pas la question de savoir comment des restrictions à l'importation du produit s'appliqueraient dans ces situations".²⁵⁸ Selon nous, l'Inde laisse entendre que, d'après l'interprétation que donne le Groupe spécial du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale", des mesures prises pour remédier à une situation de pénurie peuvent uniquement prendre la forme de restrictions à l'exportation, de sorte que l'interprétation de l'article XX j) donnée par le Groupe spécial ne peut pas être correcte.

5.81. Comme l'Inde le fait correctement observer, les libellés de l'article XI:2 a) et de l'article XX i) du GATT de 1994 contiennent des termes exprès concernant les restrictions à l'exportation. En revanche, l'article XX j) ne contient pas de termes exprès concernant des restrictions à l'exportation ou à l'importation. L'interprétation du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" doit commencer par le texte de l'article XX j) et être effectuée à la lumière des prescriptions fondamentales de la disposition où figure ce membre de phrase. Contrairement à ce qu'il apparaît que l'Inde laisse entendre, une interprétation correcte du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" ne peut pas être uniquement fondée sur des différences ou des similitudes textuelles entre l'article XX j) et d'autres dispositions du GATT de 1994.

5.82. En tout état de cause, nous ne sommes pas d'accord avec l'Inde pour dire qu'il découle de l'interprétation du membre de phrase "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" donnée par le Groupe spécial que les restrictions à l'exportation sont le seul type de mesure pouvant être utilisé pour remédier à une situation de "pénurie", ou qu'il découle de cette interprétation que l'article XX j) ne peut pas viser des mesures ayant la forme de restrictions à l'importation. Le Groupe spécial a noté, par exemple, que "dans les cas où la quantité de l'approvisionnement disponible d'un produit ne répond pas à la demande de ce produit dans un Membre donné, on peut concevoir que ce Membre puisse établir un monopole provisoire pour la vente de ce produit en tant que mesure essentielle à la répartition de ce produit sur son territoire" et que ce "monopole pourrait être mis en application et en vigueur par le biais de restrictions à l'exportation et à l'importation par des négociants privés du produit concerné".²⁵⁹

5.83. Eu égard à ce qui précède, nous sommes en désaccord avec l'Inde dans la mesure où elle fait valoir que l'existence d'une "pénurie" peut être déterminée sans tenir compte de la question de savoir si l'approvisionnement en provenance de toutes sources est suffisant pour répondre à la demande sur le marché pertinent. En fait, comme il a été indiqué, nous interprétons l'article XX j) du GATT de 1994 comme dénotant un équilibre entre différentes considérations à prendre en compte pour évaluer si "une pénurie générale ou locale" se fait sentir pour des produits. Cette analyse peut, dans les cas appropriés, prendre en compte non seulement le niveau de production nationale d'un produit particulier et la nature des produits pour lesquels il est allégué que se fait sentir une "pénurie générale ou locale", mais aussi des facteurs comme le produit et le marché géographique pertinents, les fluctuations potentielles des prix sur le marché pertinent, le pouvoir d'achat des consommateurs étrangers et nationaux, ainsi que le rôle joué par les producteurs étrangers et nationaux sur un marché particulier, y compris la mesure dans laquelle les producteurs nationaux vendent leur production à l'étranger. Il faudrait dûment tenir compte de la quantité totale des importations qui peut être "disponible" pour répondre à la demande dans une zone géographique ou sur un marché particulier. La question de savoir si des facteurs sont pertinents et quels sont ces facteurs dépendra nécessairement des particularités de chaque affaire.

²⁵⁴ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 87.

²⁵⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 87. (note de bas de page omise)

²⁵⁶ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 88.

²⁵⁷ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.230 et note de bas de page 566 y relative.

²⁵⁸ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 89.

²⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 566 relative au paragraphe 7.230. Le Groupe spécial a également laissé entendre que, même en l'absence de monopole, un Membre pourrait "prendre d'autres mesures pour contrôler tant l'importation que la répartition du produit d'une certaine manière dans le cadre d'un plan visant à rationner le produit". (*Ibid.*)

5.2.5 Question de savoir si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en examinant les arguments et les éléments de preuve de l'Inde concernant la capacité de production nationale

5.84. L'Inde conteste aussi, au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, la manière dont le Groupe spécial a traité ses arguments et éléments de preuve concernant la notion de "capacité de production nationale suffisante".²⁶⁰ Elle fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans l'évaluation de l'argument et des éléments de preuve qu'elle a présentés pour démontrer qu'elle ne possédait pas actuellement une "capacité de production suffisante". Elle dit, par exemple, qu'elle a expliqué qu'elle "ne [pouvait] pas se permettre de rester dépendante des importations de composants qui [étaient] indissociables du développement de l'énergie solaire ... [étant donné que] [l']énergie solaire [était] fondamentale pour [sa] sécurité énergétique à long terme, et que cet objectif ne [pouvait] pas être atteint si l'Inde ne dispos[ait] pas d'une capacité de production nationale de cellules et modules solaires ... nécessaire pour réduire les risques découlant d'une dépendance complète à l'égard des importations de composants indispensables".²⁶¹

5.85. L'Inde fait valoir qu'elle a présenté des éléments de preuve pertinents indiquant "ce qui constituera une "capacité de production suffisante", niveau auquel les mesures PTEN ne seraient plus nécessaires, étant donné que les "circonstances qui les ont motivées [auraient] cessé d'exister".²⁶² Elle fait en outre valoir que "la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'Inde ne cherche pas à développer au maximum l'"autosuffisance" ou l'"autonomie" ne reconnaît pas le besoin de l'Inde de maintenir une "capacité de production suffisante", ne repose pas sur une évaluation objective des faits et des arguments juridiques portés à sa connaissance ... [et] va à l'encontre du mandat fondamental énoncé à l'article 11 du Mémorandum d'accord selon lequel un groupe spécial doit examiner tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés, évaluer leur crédibilité, déterminer leur poids et s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur ces éléments de preuve".²⁶³ Les États-Unis répondent que "l'absence d'une base de référence fondée sur les éléments de preuve et d'une comparaison motivée dans l'argumentation de l'Inde empêche toute conclusion sur le point de savoir s'il existait une situation de pénurie" et que "[c]'est le vice juridique dans l'interprétation de l'Inde qui a amené le Groupe spécial à rejeter son moyen de défense au titre de l'article XX j), et non une conclusion erronée indiquant que l'Inde avait omis de fournir une estimation du niveau de capacité qu'elle jugeait suffisant".²⁶⁴

5.86. Nous rappelons que le Groupe spécial a constaté, au sujet des arguments de l'Inde concernant la prescription relative à la "capacité de production nationale suffisante", que pour évaluer si une situation de "pénurie" existait au sens de l'article XX j), "il [devait] y avoir un point de référence objectif pouvant servir de base à une évaluation objective de la question de savoir s'il exist[ait] une "insuffisance" ou un "volume manquant" en ce qui concerne la "quantité" d'un produit qui [était] "disponible".²⁶⁵ Le Groupe spécial a déterminé à cet égard que "l'autre interprétation de l'article XX j) donnée par l'Inde ne cont[enait] aucun point de référence objectif pouvant servir de base à une évaluation objective de la question de savoir si une "pénurie" se fai[sait] sentir pour un produit au sens de l'article XX j) [étant donné que] [l']Inde n'[avait] pas expliqué de façon adéquate ce qui constituerait une "absence" de capacité de production nationale équivalant à une "pénurie" dans le cadre de son interprétation de l'article XX j)".²⁶⁶ Il a en outre constaté que "l'Inde n'[avait] elle-même pas indiqué ce qui constituerait une capacité de production "suffisante" aux fins de l'article XX j) dans le cadre de son autre interprétation de cette disposition" et qu'"[o]n ne [voyait] pas bien non plus si l'Inde fai[sait] valoir que chaque Membre concerné aurait le pouvoir discrétionnaire de déterminer quelle serait la capacité de production "suffisante", ou si le point de référence permettant d'évaluer le niveau de la capacité de production "suffisante" varierait d'un cas à l'autre, selon l'objectif de politique générale poursuivi".²⁶⁷ Le Groupe spécial a donc déterminé que l'interprétation de l'article XX j) donnée par l'Inde était "problématique parce qu'elle ne cont[enait] pas de point de référence objectif pouvant être utilisé

²⁶⁰ Inde, communication en tant qu'appelant, section IVA.5.

²⁶¹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 93 a). (notes de bas de page omises)

²⁶² Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 94.

²⁶³ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 98 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 132 et 133).

²⁶⁴ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 102. (note de bas de page omise)

²⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.205. (note de bas de page omise)

²⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.226.

²⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.226. (note de bas de page omise)

pour une évaluation objective de la question de savoir si une "pénurie" se fai[sait] sentir pour un produit au sens de l'article XX j)".²⁶⁸

5.87. Comme il a été indiqué, un groupe spécial doit, en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord, "examiner tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés, évaluer leur crédibilité, déterminer leur poids et s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur ces éléments de preuve".²⁶⁹ En même temps, les groupes spéciaux "ne sont pas tenus d'attribuer aux éléments probants factuels des parties le même sens et le même poids que ce qu'elles leur donnent".²⁷⁰ De plus, "[i]l est ... inacceptable qu'un participant reformule effectivement les arguments qu'il a présentés au Groupe spécial sous le couvert d'une allégation au titre de l'article 11", et un appelant "doit plutôt identifier des erreurs spécifiques concernant l'objectivité de l'évaluation du groupe spécial".²⁷¹

5.88. L'allégation de l'Inde au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord repose pour sa validité sur la lecture de l'article XX j) faite par l'Inde, et en particulier sur l'affirmation de ce pays selon laquelle l'existence d'une situation de "pénurie" au sens de l'article XX j) doit être déterminée exclusivement par référence à la question de savoir s'il y a une production nationale "suffisante" d'un produit donné. Le fait que l'Inde ne souscrit pas à la conclusion à laquelle le Groupe spécial est parvenu ne signifie pas que le Groupe spécial a commis une erreur équivalant à une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord. L'Inde reformule "simplement" les arguments qu'elle a présentés au Groupe spécial sous le couvert d'une allégation au titre de l'article 11. Nous rejetons donc l'allégation de l'Inde selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

5.2.6 Conclusion

5.89. Nous avons constaté plus haut que l'article XX j) du GATT de 1994 dénotait un équilibre entre différentes considérations à prendre en compte pour évaluer si "une pénurie générale ou locale" se faisait sentir pour des produits. En particulier, un groupe spécial devrait examiner la mesure dans laquelle un produit particulier est "disponible" à l'achat dans une zone géographique ou sur un marché particulier, et si cela est suffisant pour répondre à la demande dans la zone ou sur le marché pertinent. Cette analyse peut, dans les cas appropriés, prendre en compte non seulement le niveau de production nationale d'un produit particulier et la nature des produits pour lesquels il est allégué que se fait sentir une "pénurie générale ou locale", mais aussi des facteurs comme le produit et le marché géographique pertinents, les fluctuations potentielles des prix sur le marché pertinent, le pouvoir d'achat des consommateurs étrangers et nationaux, ainsi que le rôle joué par les producteurs étrangers et nationaux sur un marché particulier, y compris la mesure dans laquelle les producteurs nationaux vendent leur production à l'étranger. Il faudrait dûment tenir compte de la quantité totale des importations qui peut être "disponible" pour répondre à la demande dans une zone géographique ou sur un marché particulier. Il peut donc être pertinent d'examiner la mesure dans laquelle l'approvisionnement international d'un produit est stable et accessible, en examinant des facteurs comme la distance entre une zone géographique ou un marché particulier et les sites de production, ainsi que la fiabilité des chaînes d'approvisionnement locales ou transnationales. La question de savoir si des facteurs sont pertinents et quels sont ces facteurs dépendra nécessairement des particularités de chaque affaire. De même qu'il peut y avoir des facteurs qui influent sur la "disponibilité" des importations dans un cas particulier, il est possible que, malgré l'existence d'une capacité de production, les produits nationaux ne soient pas "disponibles" dans toutes les parties d'un pays donné, ou ne soient pas "disponibles" en quantités suffisantes pour répondre à la demande. Dans tous les cas, la partie défenderesse a la charge de démontrer que la quantité de l'offre "disponible" en provenance de sources aussi bien nationales qu'internationales sur le marché géographique pertinent est insuffisante pour répondre à la demande. Pour ces raisons, nous avons été en désaccord avec l'Inde dans la mesure où elle faisait valoir que l'existence d'une "pénurie" pourrait être déterminée sans tenir compte de la question de savoir si l'approvisionnement en provenance de sources aussi bien nationales qu'internationales était suffisant pour répondre à la demande sur le marché pertinent. Nous avons également rejeté

²⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.227.

²⁶⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 135 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 132 et 133).

²⁷⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 267.

²⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

l'allégation de l'Inde selon laquelle le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

5.90. Compte tenu de notre interprétation de l'article XX j), ainsi que des éléments de preuve et arguments présentés au Groupe spécial, nous constatons que l'Inde n'a pas établi que les cellules et modules solaires étaient des "produits pour lesquels se fai[sait] sentir une pénurie générale ou locale" en Inde. Par conséquent, nous confirmons les constatations formulées par le Groupe spécial au paragraphe 7.265 de son rapport, selon lesquelles les cellules et modules solaires ne sont pas des "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" en Inde au sens de l'article XX j) du GATT de 1994, et selon lesquelles les mesures PTEN ne sont donc pas justifiées au regard de l'article XX j) du GATT de 1994.

5.3 Article XX d) du GATT de 1994

5.91. Nous avons confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la dérogation relative à l'acquisition par les pouvoirs publics prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994 n'est pas applicable aux mesures PTEN en cause en l'espèce.²⁷² Nous avons également confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle les cellules et modules solaires ne sont pas des "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" en Inde au sens de l'article XX j) du GATT de 1994 et selon laquelle les mesures PTEN ne sont donc pas justifiées au regard de cette disposition.²⁷³ Nous passons donc à l'examen de l'appel conditionnel de l'Inde concernant, premièrement, la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'Inde n'a pas démontré que les mesures PTEN étaient des mesures visant à "assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du [GATT de 1994]" au sens de l'article XX d) du GATT de 1994; et, deuxièmement, la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas justifiées au regard de cette disposition.²⁷⁴

5.92. L'Inde allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article XX d) en constatant que les instruments internationaux indiqués par l'Inde n'avaient pas d'effet direct dans ce pays et n'étaient donc pas des "lois et règlements" au sens de l'article XX d).²⁷⁵ Elle fait valoir en outre que le Groupe spécial a fait erreur, premièrement, en constatant que trois des instruments nationaux indiqués par l'Inde, à savoir la Politique nationale en matière d'électricité²⁷⁶, le Plan national sur l'électricité²⁷⁷ et le Plan national d'action sur le changement climatique²⁷⁸, ne constituaient pas des "lois et règlements"; et, deuxièmement, en centrant par conséquent son analyse sur un quatrième instrument national, à savoir l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité de l'Inde²⁷⁹, isolément de ces trois autres instruments.²⁸⁰ L'Inde demande que nous infirmions les constatations du Groupe spécial, complétions l'analyse juridique et constatons que les instruments pertinents sont des "lois et règlements" au sens de

²⁷² Voir le paragraphe 5.41 du présent rapport.

²⁷³ Voir le paragraphe 5.90 du présent rapport.

²⁷⁴ Inde, déclaration d'appel, section III, paragraphe 1 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.284 à 7.333 et 7.337 à 7.390); communication en tant qu'appelant, paragraphe 164.

²⁷⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 166 et 170 à 173. L'Inde a indiqué les instruments internationaux suivants: i) le préambule de l'Accord sur l'OMC; ii) la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques faite à New York, 9 mai 1992, Recueil des traités des Nations Unies, volume 1771, page 107 (pièce IND-3 présentée au Groupe spécial); iii) la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1992 (pièce IND-35 du Groupe spécial; et iv) la Résolution A/RES/66/288 de l'Assemblée générale des Nations Unies (adoptée le 27 juillet 2012) (Document Rio+20 – "L'avenir que nous voulons") (pièce IND-28 présentée au Groupe spécial). (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.269 à 7.274)

²⁷⁶ Government of India, Ministry of Power, *National Electricity Policy*, Resolution No. 23/40/2004-R&R (Vol. II) (12 February 2005) (Pièce IND-14 présentée au Groupe spécial).

²⁷⁷ Government of India, Ministry of Power, Central Electricity Authority, *National Electricity Plan*, Vol. 1 – Generation (January 2012) (pièce IND-16 présentée au Groupe spécial).

²⁷⁸ Government of India, *National Action Plan on Climate Change* (June 2008) (pièce IND-2 présentée au Groupe spécial).

²⁷⁹ Parliament of India, The Electricity Act, 2003 [No. 36 of 2003] (26 May 2003) (pièce USA-20 présentée au Groupe spécial).

²⁸⁰ Voir Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 164 à 167 et 171. À l'audience, l'Inde a confirmé qu'elle ne contestait pas les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

l'article XX d); que les mesures PTEN sont "nécessaires pour assurer le respect" de ces "lois et règlements"; et qu'elles satisfont aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.²⁸¹

5.93. L'appel de l'Inde est donc centré sur l'évaluation effectuée par le Groupe spécial de la question de savoir si les instruments internationaux et nationaux indiqués par l'Inde sont des "lois et règlements" au sens de l'article XX d). Nous commençons par résumer les constatations du Groupe spécial avant d'énoncer le critère juridique applicable au titre de l'article XX d) du GATT de 1994 et d'examiner l'analyse du Groupe spécial qui est contestée par l'Inde en appel.

5.3.1 Constatations du Groupe spécial

5.94. Devant le Groupe spécial, l'Inde a fait valoir qu'elle avait l'obligation d'"assurer une croissance écologiquement durable tout en résolvant le problème de la sécurité énergétique du pays et en assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique".²⁸² Selon elle, cette obligation est "énoncée[] dans quatre instruments internationaux et quatre instruments nationaux"²⁸³, et ces deux séries d'instruments peuvent être qualifiées de "lois et règlements" au sens de l'article XX d) du GATT de 1994. L'Inde a allégué que ses mesures PTEN "assur[ai]ent le respect" de ces "lois et règlements" parce qu'elles "rédu[isaient] le risque de perturbation de l'accès des exploitants d'énergie solaire indiens à un approvisionnement continu et abordable de cellules et modules solaires nécessaires à la production de l'énergie solaire".²⁸⁴ L'Inde a fait valoir en outre que ses mesures PTEN étaient "nécessaires" parce qu'elles étaient le seul moyen qu'elle avait d'encourager la production locale de cellules et modules solaires, et donc de réduire ce risque.²⁸⁵ Les États-Unis ont fait valoir, quant à eux, que l'Inde n'avait pas démontré que les mesures PTEN étaient nécessaires pour respecter une loi ou un règlement quelconque aux fins de l'article XX d).²⁸⁶

5.95. Le Groupe spécial a commencé par examiner si les instruments internationaux indiqués par l'Inde étaient des "lois et règlements" au sens de l'article XX d), avant d'examiner les instruments nationaux que l'Inde avait indiqués. Il a expliqué qu'il procéderait de cette façon parce que l'Inde avait établi une distinction entre ses "obligations internationales et nationales", et aussi "parce que des questions différentes [étaient] posées s'agissant de ces deux groupes d'instruments différents".²⁸⁷

5.96. Le Groupe spécial a rappelé que l'Inde avait fait valoir que ses "obligations de droit international" étaient incorporées dans les instruments internationaux suivants: i) le préambule de l'Accord sur l'OMC; ii) la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques;

²⁸¹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 178, 180 et 181.

²⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.268 (citant Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 240; déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 54; et déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 35).

²⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.268. Notant que "la question de savoir si les matériaux identifiés par l'Inde sont des "lois et règlements" au sens de l'article XX d) [était] centrale en l'espèce", le Groupe spécial a expliqué qu'en parlant d'"instruments", son intention était d'adopter une nomenclature neutre s'agissant de cette question" (*Ibid.*, note de bas de page 635 relative au paragraphe 7.268). Nous jugeons que l'approche du Groupe spécial est fondée et continuons d'utiliser le terme "instruments" pour désigner les matériaux identifiés par l'Inde.

²⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.191 (citant Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 255: indiquant que "[l]es mesures PTEN ont été conçues pour assurer le respect des obligations de l'Inde au titre de ses lois et règlements, qui exigent qu'elle assure une croissance écologiquement durable et un développement durable. Les mesures PTEN visent à y parvenir en créant une base de production locale pour les cellules et modules solaires photovoltaïques, afin de permettre de répondre aux besoins en cellules et modules sans être exposé aux risques liés aux importations, tels que les fluctuations de prix, et aux facteurs géopolitiques").

²⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.191 (citant Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 262: indiquant, dans le contexte de l'article XX d), que "l'Inde n'a pas de mesures de rechange raisonnablement disponibles pour réaliser son objectif consistant à mettre en place une base de production nationale de cellules et modules solaires en vue de garantir la capacité d'adaptation du pays aux fluctuations et incertitudes liées aux importations").

²⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.194 (faisant référence aux États-Unis, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 48 à 52).

²⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.284.

iii) la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992); et iv) la Résolution A/RES/66/288 des Nations Unies (2012). (Document Rio+20 – "L'avenir que nous voulons").²⁸⁸

5.97. Ayant examiné le texte pertinent des instruments indiqués par l'Inde, le Groupe spécial a ensuite examiné si les "lois et règlements" au sens de l'article XX d) incluait les instruments internationaux, par opposition aux instruments nationaux. Sur la base de son examen du raisonnement et des constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, le Groupe spécial a rappelé que l'expression "lois et règlements" figurant à l'article XX d) désignait "les règles qui [faisaient] partie du système juridique intérieur d'un Membre de l'OMC".²⁸⁹ Il a ajouté que "[d]es accords internationaux (ou d'autres sources du droit international) [pouvaient] constituer des "lois et règlements" seulement dans la mesure où ils [avaient] été incorporés dans le système juridique intérieur d'un Membre ou [avaient] un "effet direct" sur ce système".²⁹⁰

5.98. Passant à l'examen du point de savoir si les instruments internationaux indiqués par l'Inde faisaient partie de son système juridique intérieur, le Groupe spécial a rappelé la position de l'Inde selon laquelle ces instruments avaient un "effet direct" en Inde parce que les règles du droit international étaient intégrées dans le système juridique intérieur du pays "sans la sanction expresse du législatif, à condition qu'elles ne soient pas contraires aux lois adoptées par le Parlement".²⁹¹ Le Groupe spécial a aussi noté l'explication de l'Inde selon laquelle, "[e]n vertu de la Constitution indienne, les actes du pouvoir exécutif ne se limit[ai]ent pas aux domaines dans lesquels il exist[ait] déjà une loi" et selon laquelle ces actes "couvr[ai]ent des aspects sur lesquels le Parlement [avait] compétence pour adopter des lois".²⁹² Il a accepté les explications que l'Inde avait données du fonctionnement de son système juridique intérieur.²⁹³ Il a cependant constaté, sur la base des explications données par l'Inde, que les "obligations de droit international [n'étaient] pas "automatiquement incorporées" dans le droit indien, mais qu'en fait, certaines autorités nationales [pouvaient] éventuellement y donner suite ou les mettre en œuvre", et que l'Inde n'avait donc pas démontré que les instruments internationaux pertinents avaient un "effet direct" dans le pays.²⁹⁴ Le Groupe spécial a relevé en outre l'argument de l'Inde soulignant que les principes du droit environnemental international et le concept de développement durable "[étaient] fondamentaux pour la gouvernance en matière d'environnement et de développement en Inde" et "que le concept de développement durable faisait partie du droit international coutumier".²⁹⁵ Il n'a toutefois pas considéré que cela concernait "la question de savoir si les obligations internationales [étaient] incorporées automatiquement dans le droit interne et [avaient] un "effet direct" en Inde".²⁹⁶ Le Groupe spécial a donc constaté que l'Inde n'avait pas démontré que les instruments internationaux qu'elle avait indiqués pouvaient être qualifiés de "lois et règlements" au sens de l'article XX d) dans le présent différend.²⁹⁷

5.99. Le Groupe spécial a examiné ensuite si les instruments nationaux que l'Inde avait indiqués pouvaient être qualifiés de "lois et règlements". Il a rappelé l'affirmation de l'Inde selon laquelle son obligation d'"assurer une croissance écologiquement durable" était incorporée dans l'article 3

²⁸⁸ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.269 à 7.274. Plus spécifiquement, l'Inde a fait référence: i) au premier considérant du préambule de l'Accord sur l'OMC; ii) aux articles 3, 4 1) b) et 4 1) f) de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (pièce IND-3 présentée au Groupe spécial); iii) à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1992 (pièce IND-35 présentée au Groupe spécial); et iv) aux paragraphes 3, 4 et 127 de la Résolution A/RES/66/288 de l'Assemblée générale des Nations Unies (adoptée le 27 juillet 2012) (Document Rio+20 "L'avenir que nous voulons") (pièce IND-28 présentée au Groupe spécial).

²⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.290 et 7.293 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 69, 70 et 79). (italique omis)

²⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.293.

²⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.285 (citant Inde, réponse à la question n° 35 du Groupe spécial; et première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 180).

²⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.295 (citant Inde, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 60). Le même libellé figure au paragraphe 7.296 (citant Inde, réponse à la question n° 35 du Groupe spécial).

²⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.297.

²⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.298.

²⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.298 (faisant référence à Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 180, qui fait référence à Cour suprême de l'Inde, Judgment, *Vellore Citizens Welfare forum v. Union of India and Others* (1996) 5 SCC 647, paragraphes 10 à 15).

²⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.298.

²⁹⁷ Rapport du groupe spécial, paragraphes 7.301 et 7.333.

de la Loi de 2003 de l'Inde sur l'électricité, "lue conjointement avec" le paragraphe 5.12.1 de la Politique nationale en matière d'électricité; la sous-section 5.2.1 du Plan national sur l'électricité; et le Plan national d'action sur le changement climatique.²⁹⁸

5.100. Le Groupe spécial a commencé par noter que les définitions des dictionnaires indiquaient clairement que les termes "loi" et "règlement" désignaient des "règles"²⁹⁹ et que, tout au long de son rapport dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, l'Organe d'appel avait interprété l'expression "lois et règlements" comme désignant des "règles".³⁰⁰ Le Groupe spécial a noté en outre que, selon ses termes, l'article XX d) faisait référence aux "lois et règlements" dont le "respect" pouvait être assuré et a estimé que, "par implication nécessaire, les "lois et règlements" visés à l'article XX d) devaient donc être des règles que la conduite "respect[er]ait" ou ne "respect[er]ait" pas".³⁰¹ Faisant référence au "contexte" fourni par la liste exemplative figurant à l'article XX d), le Groupe spécial a constaté que cela impliquait que les "lois et règlements" visés à l'article XX d) "[devaient] avoir force exécutoire".³⁰² Sur la base de son analyse, il a conclu que l'expression "lois et règlements" figurant à l'article XX d) faisait référence aux "règles de conduite ayant force exécutoire dans le système juridique intérieur du Membre de l'OMC concerné et n'inclu[ait] pas d'objectifs généraux".³⁰³

5.101. S'agissant des instruments nationaux indiqués par l'Inde, le Groupe spécial a commencé par évaluer si l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité constituait une "loi [ou un] règlement" au sens de l'article XX d). Il a noté que la Loi de 2003 sur l'électricité "présent[ait] des caractéristiques formelles qui [étaient] normalement associées à une loi", en ce sens qu'"[e]lle cont[enait] une date d'entrée en vigueur, un article définissant les termes utilisés dans l'instrument" et qu'elle "[était] ... divisée en parties, articles et paragraphes numérotés qui énon[çaient] des règles formulées dans un langage contraignant".³⁰⁴ Il a fait observer en outre qu'il "appar[aisait] que l'article 3 [de la Loi de 2003 sur l'électricité] constitu[ait] une règle de conduite ayant force exécutoire dans le système juridique intérieur de l'Inde"³⁰⁵, en ce sens qu'elle "établi[ssait] le fondement juridique" de l'élaboration de la Politique nationale en matière d'électricité et du Plan national sur l'électricité et "identifi[ait] les entités participant à l'élaboration, à la publication et à l'examen périodiques de la Politique nationale en matière d'électricité et du Plan national sur l'électricité".³⁰⁶ Le Groupe spécial a cependant ajouté que l'article 3 "ne trait[ait] pas de la teneur ou de la substance ni de cette Politique ni de ce Plan, sinon pour préciser que la Politique [serait] élaborée périodiquement "sur la base d'une utilisation optimale des ressources telles que le charbon, le gaz naturel, les substances ou matières nucléaires, les sources d'énergie hydraulique et d'énergie renouvelable"".³⁰⁷

5.102. Le Groupe spécial a fait observer que, en contraste avec l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité, la Politique nationale en matière d'électricité, le Plan national sur l'électricité et le Plan national d'action sur le changement climatique étaient chacun expressément intitulés "politique" ou "plan" et que le libellé des dispositions et passages de ces instruments qui avaient été indiqués par l'Inde "ne donn[ait] pas à penser qu'il exist[ait] des règles ayant force exécutoire", et que c'était au contraire "un langage incitatif, aspiratif, déclaratoire et, parfois seulement, descriptif".³⁰⁸ Le Groupe spécial a en outre que l'Inde n'avait pas donné à entendre que la Politique nationale en matière d'électricité, le Plan national sur l'électricité et le Plan national d'action sur le changement climatique étaient "juridiquement contraignants", ni qu'ils étaient fondamentalement semblables à des lois ou d'autres instruments dans le cadre de son système juridique intérieur.³⁰⁹ Il n'a vu "aucune raison de douter" que ces instruments avaient été adoptés par le Gouvernement central

²⁹⁸ Rapport du groupe spécial, paragraphes 7.275 à 7.283.

²⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

³⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.308.

³⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.308 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 69, 70, 75, 77 et 79).

³⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.309.

³⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.311.

³⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.312. (notes de bas de page omises)

³⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.312.

³⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.327.

³⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.276 (citant la Loi de 2003 sur l'électricité (pièce USA-20 présentée au Groupe spécial), article 3.1)).

³⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.313.

³⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.314.

dans l'exercice des pouvoirs qui lui étaient conférés par la Constitution indienne³¹⁰, mais il n'a pas estimé que c'était un critère décisif pour déterminer si ces instruments pouvaient être qualifiés de "lois et règlements" au sens de l'article XX d).³¹¹ Sur la base de son analyse, Le Groupe spécial a constaté que "la Loi sur l'électricité et, en particulier, son article 3, constitu[ait] une "loi" aux fins de l'article XX d)"³¹², alors que les autres instruments nationaux indiqués par l'Inde ne pouvaient pas être qualifiés de "lois et règlements" au sens de cette disposition.³¹³

5.103. S'agissant de l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité, le Groupe spécial a fait référence à la jurisprudence antérieure du GATT/de l'OMC et a rappelé que le membre de phrase "assurer le respect des lois et règlements" figurant à l'article XX d) désignait les mesures visant à "faire respecter les obligations découlant des lois et règlements", et non les mesures visant à "assurer la réalisation des objectifs des lois et règlements".³¹⁴ Le Groupe spécial ne voyait cependant "aucun lien ou rapport" entre les mesures PTEN et l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité.³¹⁵ En particulier, il a dit qu'il ne "voy[ait] pas comment l'on pourrait dire des mesures PTEN qu'elles assur[aient] le respect des obligations énoncées à l'article 3 de la Loi sur l'électricité, qui consist[aient] à élaborer périodiquement la Politique nationale en matière d'électricité et le Plan national sur l'électricité."³¹⁶ Il a ajouté que "[l']Inde n'[avait] pas donné à entendre que les mesures PTEN visaient à empêcher le Gouvernement central de l'Inde ou l'Autorité centrale de l'électricité d'agir d'une manière incompatible avec leurs obligations consistant à élaborer périodiquement la Politique nationale en matière d'électricité et le Plan national sur l'électricité."³¹⁷ Il a donc constaté que l'Inde n'avait pas démontré que ses mesures PTEN étaient des mesures visant à "assurer le respect" des obligations juridiques énoncées dans l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité.³¹⁸ Pour toutes ces raisons, le Groupe spécial a conclu que l'Inde n'avait pas démontré que ses mesures PTEN étaient provisoirement justifiées au regard de l'article XX d) du GATT de 1994.³¹⁹

5.3.2 Critère juridique au titre de l'article XX d) du GATT de 1994

5.104. Ayant rappelé l'analyse et les constatations du Groupe spécial, nous passons à l'examen du critère juridique qui s'applique au titre de l'article XX d) du GATT de 1994. L'article XX d) énonce une exception générale pour les mesures qui sont:

nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur;

5.105. Ayant déjà étudié, dans le contexte de notre examen concernant l'article XX j) du GATT de 1994, le cadre analytique général qui s'applique au titre de l'article XX d)³²⁰, nous passons directement à l'examen de l'interprétation correcte de l'expression "lois et règlements" dans le contexte du membre de phrase "assurer le respect des lois et règlements" figurant à l'article XX d).

³¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.317.

³¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.317.

³¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.312.

³¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.318.

³¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.330 (faisant référence au rapport du Groupe spécial du GATT CEE – *Pièces détachées et composants*, paragraphe 5.17; aux rapports des Groupes spéciaux *Canada – Périodiques*, paragraphe 5.9; *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 6.248; *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphe 7.447; *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 8.175; et *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.538).

³¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.329.

³¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.329. (note de bas de page omise)

³¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.329.

³¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.332.

³¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.333.

³²⁰ Voir les paragraphes 5.56 à 5.61 du présent rapport.

5.106. Commenant par le sens ordinaire des termes "lois" et "règlements", nous notons que le terme "law" (loi) est généralement interprété comme désignant "a rule of conduct imposed by authority" (une règle de conduite imposée par autorité)³²¹, alors que le terme "regulation" (règlement) est défini comme "[a] rule or principle governing behaviour or practice; esp. such a directive established and maintained by an authority" (une règle ou un principe régissant un comportement ou une pratique; *en particulier* une directive établie et maintenue par une autorité).³²² Dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, l'Organe d'appel a dit que l'expression "lois et règlements" figurant à l'article XX d) faisait référence aux "règles qui [faisaient] partie du système juridique intérieur d'un Membre de l'OMC, y compris les règles découlant des accords internationaux qui [avaient] été incorporés dans le système juridique intérieur d'un Membre de l'OMC ou qui [avaient] un effet direct selon le système juridique de ce Membre."³²³ S'agissant de la liste exemplative figurant à l'article XX d), l'Organe d'appel a fait observer que les questions répertoriées à titre exemplatif à l'article XX d) – à savoir l'application des mesures douanières, le maintien en vigueur des monopoles, la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction, et les mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur – faisaient intervenir la réglementation par les pouvoirs publics d'une activité entreprise par divers acteurs économiques (par exemple des entreprises privées et des entreprises publiques), ainsi que par des organismes gouvernementaux.³²⁴ La liste exemplative figurant à l'article XX d) renforce l'idée que l'expression "lois et règlements" désigne les règles de conduite et les principes régissant un comportement ou une pratique qui font partie du système juridique intérieur d'un Membre.³²⁵

5.107. En outre, comme l'Organe d'appel l'a fait observer, l'expression "lois et règlements" englobe "les règles adoptées par les instances publiques législatives ou exécutives d'un Membre de l'OMC".³²⁶ Pour déterminer si une règle alléguée entre dans le champ des "lois et règlements" aux fins de l'article XX d), il peut donc être pertinent d'évaluer si la règle en cause a été adoptée ou reconnue par une autorité qui est compétente pour ce faire dans le système juridique intérieur du Membre concerné.

5.108. S'agissant du contexte immédiat de l'expression "lois et règlements", nous notons que le texte de l'article XX d) fait référence aux "lois et règlements" dont le "respect" peut être "assuré". Les "lois et règlements" visés à l'article XX d) doivent donc être des règles que la conduite "respect[erait]" ou ne "respect[erait]" pas. En ce qui concerne le terme "assurer", nous croyons comprendre que, dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, l'Organe d'appel n'a pas souscrit à l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle "assurer le respect" [devait] être lu dans le sens de *mettre en application* le respect".³²⁷ L'Organe d'appel a expliqué que la certitude absolue en ce qui concerne la réalisation de l'objectif déclaré d'une mesure, ainsi que l'utilisation de la coercition n'étaient pas des composantes nécessaires d'une mesure ayant pour objet d'"assurer le respect" au sens de l'article XX d).³²⁸ En revanche, il peut être dit qu'une mesure "assure le respect" de "lois et règlements" lorsqu'elle vise à assurer l'observation de règles spécifiques, même s'il ne peut pas être garanti que la mesure réalisera ce résultat avec une certitude absolue.³²⁹

5.109. Nous ne pensons pas que le champ d'application des "lois et règlements" soit limité aux instruments qui ont force exécutoire (y compris, par exemple, devant une juridiction) ou qui sont assortis de pénalités et de sanctions devant être appliquées dans les situations de non-respect. En fait, selon nous, la notion est plus large et peut, dans les cas appropriés, inclure les règles dont un Membre vise à "assurer le respect", même lorsque le respect n'est pas imposé de façon coercitive,

³²¹ Oxford English Dictionary en ligne, définition du mot "law" (loi)

<<http://www.oed.com/view/Entry/106405>>, page consultée le 23 août 2016.

³²² Oxford English Dictionary en ligne, définition du mot "regulation" (règlement)

<<http://www.oed.com/view/Entry/161427>>, page consultée le 23 août 2016. (italique dans l'original)

³²³ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 79.

³²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 70.

³²⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 70.

³²⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 69.

³²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 73 et 74 (citant le rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 8.175). (pas d'italique dans l'original)

³²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 74.

³²⁹ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphes 5.69, 5.126 et 5.131; et *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.203.

par exemple au moyen de pénalités ou de sanctions. Pour évaluer si une règle entre dans le champ des "lois et règlements" au titre de l'article XX d), un groupe spécial devrait examiner la mesure dans laquelle un instrument contenant la règle alléguée a un caractère normatif. Il est donc pertinent pour un groupe spécial d'examiner si une règle a force exécutoire, car cela peut démontrer la mesure dans laquelle elle énonce une règle de conduite ou une ligne d'action qui doit être observée dans le cadre du système juridique intérieur d'un Membre. Il peut également être pertinent pour un groupe spécial d'examiner si l'instrument prévoit des pénalités ou des sanctions à appliquer dans les situations de non-respect.

5.110. L'Organe d'appel a dit ce qui suit: "[i]l peut être dit qu'une mesure "assure le respect" de lois ou réglementations lorsque sa conception montre qu'elle assure le respect *des règles, obligations ou prescriptions spécifiques* prévues par ces lois ou réglementations".³³⁰ Il est important, à cet égard, de faire la distinction entre les règles, obligations ou prescriptions spécifiques dont une mesure vise à assurer le respect, d'une part, et les objectifs des "lois ou réglementations" pertinentes, qui peuvent aider à "clarifier la teneur des règles, obligations ou prescriptions spécifiques" des "lois ou réglementations", d'autre part.³³¹ "Plus [un défendeur est en mesure d'indiquer] avec précision" les règles, obligations ou prescriptions spécifiques figurant dans les "lois ou réglementation" pertinentes, "plus [il sera] probable" qu'il pourra clarifier comment et en quoi la mesure incompatible assure le respect de ces "lois ou réglementations".³³² Par conséquent, pour évaluer si un instrument constitue une "loi [ou un] règlement" au sens de l'article XX d), un groupe spécial devrait aussi examiner le degré de spécificité ou de précision avec lequel l'instrument pertinent énonce une règle de conduite ou une ligne d'action particulière dans le cadre du système juridique intérieur d'un Membre, par opposition au simple fait de prévoir une base juridique pour une action qui peut être compatible avec certains objectifs.

5.111. Dans certains cas, un défendeur peut être en mesure d'indiquer une disposition spécifique d'un seul instrument national qui contient une règle, obligation ou prescription donnée dont il cherche à "assurer le respect" aux fins de l'article XX d). Toutefois, il est également possible d'envisager des situations où un défendeur cherche à indiquer une règle, obligation ou prescription donnée par référence à plusieurs éléments ou parties d'un ou de plusieurs instruments de son système juridique intérieur, ou en découlant. Dans l'affaire *Argentine – Services financiers*, l'Organe d'appel a reconnu cette possibilité lorsqu'il a dit qu'un défendeur "[pouvait] choisir de démontrer que la mesure [était] conçue et nécessaire pour assurer le respect d'une obligation ou d'obligations découlant de plusieurs lois ou réglementations fonctionnant conjointement en tant qu'élément d'un cadre global".³³³ De fait, nous ne voyons rien dans le texte de l'article XX d) qui exclurait du champ des "lois et règlements", les règles, obligations ou prescriptions qui ne sont pas contenues dans un seul instrument national ou une de ses dispositions. Dans un système juridique intérieur donné, plusieurs éléments d'un ou de plusieurs instruments peuvent fonctionner conjointement pour énoncer une règle de conduite ou une ligne d'action. En pareil cas, pour interpréter correctement la teneur, la substance et la normativité d'une règle donnée, un groupe spécial peut être tenu d'examiner conjointement les différents éléments d'un ou de plusieurs instruments indiqués par un défendeur. Bien entendu, dans la mesure où un défendeur cherche à invoquer une règle découlant de plusieurs instruments ou parties d'instruments, il aurait encore la charge d'établir que les instruments ou les parties qu'il indique énoncent effectivement la règle alléguée.

5.112. Enfin, l'analyse par un groupe spécial du point de savoir si une partie défenderesse a identifié des "lois et règlements" au sens de l'article XX d) devrait être centrée sur les particularités et caractéristiques spécifiques des instruments en cause, y compris les règles alléguées qu'ils peuvent contenir. Même si la forme et le titre donnés à un instrument peuvent éclairer son statut juridique et son contenu, une détermination sur le point de savoir si une règle alléguée entre dans le champ des "lois et règlements" aux fins de l'article XX d) ne peut pas être

³³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.203. (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise)

³³¹ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, note de bas de page 495 relative au paragraphe 6.203.

³³² Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.203.

³³³ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, note de bas de page 505 relative au paragraphe 6.208.

faite simplement par référence à la désignation d'un instrument dans le droit interne d'un Membre.³³⁴

5.113. En résumé, pour déterminer si une partie défenderesse a identifié une règle qui entre dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d) du GATT de 1994, un groupe spécial devrait évaluer et prendre dûment en considération toutes les caractéristiques du (des) instrument(s) pertinent(s) et devrait éviter de se concentrer exclusivement ou indûment sur une seule caractéristique. En particulier, il peut être pertinent pour un groupe spécial d'examiner, entre autres choses: i) le degré de normativité de l'instrument et la mesure dans laquelle l'instrument fonctionne pour énoncer une règle de conduite ou une ligne d'action qui doit être observée dans le système juridique intérieur d'un Membre; ii) le degré de spécificité de la règle pertinente; iii) si la règle a force exécutoire, y compris, par exemple, devant une juridiction; iv) si la règle a été adoptée ou reconnue par une autorité compétente disposant des pouvoirs nécessaires dans le système juridique intérieur d'un Membre; v) la forme et le titre donnés à tout instrument ou tous instruments contenant la règle dans le système juridique intérieur d'un Membre; et vi) les pénalités ou sanctions pouvant accompagner la règle pertinente.

5.114. Dans certains cas, comme lorsqu'il y a une règle spécifique ayant force exécutoire prévue par une seule disposition d'un acte législatif national, déterminer si un défendeur a indiqué des "lois et règlements" au sens de l'article XX d) peut s'avérer relativement simple. Dans d'autres, en revanche, l'évaluation peut être plus complexe. Point important, cette évaluation doit toujours être effectuée au cas par cas, en fonction des caractéristiques spécifiques et des particularités des instruments en cause, de la règle dont l'existence est alléguée, et du système juridique intérieur du Membre concerné.

5.115. Ayant identifié les critères juridiques au titre de l'article XX d), nous passons à l'examen des allégations formulées par l'Inde en appel, en commençant par les arguments visant l'analyse par le Groupe spécial du point de savoir si les instruments nationaux et les règles alléguées qu'ils contiennent, tels qu'indiqués par l'Inde, entrent dans le champ des "lois et règlements" au titre de l'article XX d). Nous notons que le Groupe spécial a adopté un ordre différent, examinant d'abord si les instruments internationaux indiqués par l'Inde étaient des "lois et règlements", avant de passer aux instruments nationaux de l'Inde. Nous pensons néanmoins qu'il est utile de commencer notre évaluation par l'analyse des instruments nationaux de l'Inde effectuée par le Groupe spécial parce que c'est au cours de cette analyse que le Groupe spécial a développé son interprétation des "lois et règlements" visés à l'article XX d).³³⁵

5.3.3 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation des instruments nationaux indiqués par l'Inde

5.116. S'agissant de l'analyse par le Groupe spécial de la règle alléguée énoncée dans les instruments nationaux indiqués par l'Inde, l'Inde fait appel des constatations du Groupe spécial selon lesquelles elle n'avait pas démontré que ses mesures PTEN étaient conçues pour "assurer le respect des lois et règlements" au sens de l'article XX d) du GATT de 1994. Selon nous, l'appel de l'Inde est fondé sur trois motifs principaux.

5.117. Premièrement, l'Inde soutient que le Groupe spécial a fait erreur au titre de l'article XX d) en constatant que la Politique nationale en matière d'électricité, le Plan national sur l'électricité et le Plan national d'action sur le changement climatique ne constituaient pas des "lois et règlements".³³⁶ Selon elle, ces instruments dont il est reconnu qu'ils sont "non contraignants" sont néanmoins des "lois" au sens de l'article XX d) dans le système juridique intérieur indien parce que le "cadre juridique en Inde" comprend à la fois des lois "contraignantes" et des politiques et des plans qui établissent le "cadre de l'action de l'exécutif".³³⁷

5.118. Deuxièmement, l'Inde ne partage pas l'avis du Groupe spécial dans la mesure où celui-ci a indiqué que le membre de phrase "assurer le respect" limitait le champ de l'article XX d) aux

³³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, note de bas de page 87 relative au paragraphe 87. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 749 relative au paragraphe 7.314.

³³⁵ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.306 à 7.311.

³³⁶ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 171.

³³⁷ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 171.

mesures servant à "empêcher" les actions qui seraient "illégalles" au regard des lois et règlements en cause.³³⁸

5.119. Troisièmement, l'Inde affirme que le Groupe spécial a fait erreur en examinant l'article 3 de sa Loi de 2003 sur l'électricité "isolément" des autres instruments "non contraignants" qu'elle avait indiqués, étant donné qu'elle avait fait valoir que tous les instruments nationaux qu'elle avait indiqués, pris conjointement, énonçaient l'obligation d'"assurer une croissance écologiquement durable"³³⁹ et que les mesures PTEN étaient nécessaires pour assurer le respect de cette obligation.³⁴⁰ Elle ajoute à cet égard que le fait que les instruments auxquels elle a fait référence "lui laissent la latitude de concevoir ses mesures de mise en œuvre ne signifie pas que ce sont des objectifs qu'il n'est pas nécessaire de respecter ou que le respect de ces obligations n'a pas à être assuré".³⁴¹

5.120. Les États-Unis répondent que le fait que les instruments nationaux que l'Inde avait identifiés énoncent des objectifs importants, voire "essentiels", n'en fait pas des "lois et règlements" au sens de l'article XX d). Ils affirment que le membre de phrase "assurer le respect" figurant à l'article XX d) signifie "faire respecter" les obligations découlant des lois et règlements et non "assurer" la réalisation des objectifs des lois et règlements.³⁴² Selon les États-Unis, l'Inde n'essaie même pas de faire valoir que ses mesures PTEN sont nécessaires "en tant que telles" pour respecter une loi ou un règlement indien quelconque mais fait seulement valoir qu'elles sont nécessaires pour respecter les objectifs incorporés dans les lois qu'elle a indiquées.³⁴³ En outre, les États-Unis rappellent que le Groupe spécial a estimé que l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité prescrivait au Gouvernement central d'élaborer la Politique nationale en matière d'électricité et que les mesures PTEN ne faisaient rien pour faire respecter cette prescription juridique.³⁴⁴ Notant l'argument de l'Inde en appel selon lequel elle ne voulait pas mentionner l'article 3, tout seul, mais le considérait comme un élément de ses lois et règlements, les États-Unis affirment en outre que l'Inde ne fait pas directement appel des constatations du Groupe spécial concernant l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité.³⁴⁵

5.121. Nous examinons plus loin les arguments de l'Inde, en commençant par l'affirmation de l'Inde selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'expression "lois et règlements" figurant à l'article XX d) comme faisant référence aux "règles de conduite ayant force exécutoire dans le système juridique intérieur" d'un Membre.³⁴⁶ Comme il est indiqué plus haut, une détermination de la question de savoir si un instrument peut être qualifié de "loi [ou de] règlement" au sens de l'article XX d) inclut une évaluation du point de savoir si la partie défenderesse a indiqué des règles, obligations ou prescriptions spécifiques qui fonctionnent avec un degré de normativité suffisant dans son système juridique intérieur pour énoncer une règle de conduite ou une ligne d'action. La force exécutoire d'un instrument dans le système juridique intérieur d'un Membre peut être un facteur important, voire déterminant, pour démontrer que cet instrument fonctionne avec un degré élevé de normativité dans le système juridique intérieur de ce Membre. En fonction du système juridique intérieur d'un Membre, ainsi que des caractéristiques de l'instrument en cause, il peut toutefois y avoir d'autres façons de démontrer qu'un instrument fonctionne avec un degré de normativité suffisant. Dans la mesure où l'article XX d) est susceptible

³³⁸ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 174 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.328 et note de bas de page 770 y relative; et à Inde, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 131 à 133).

³³⁹ Selon l'Inde, l'expression "croissance écologiquement durable" signifie "croissance économique d'une manière écologiquement durable". De l'avis de l'Inde, "la notion de "développement durable" ... englobe la notion de "croissance écologiquement durable"". L'Inde précise en outre qu'"une croissance écologiquement durable est fondamentale pour la stratégie visant à répondre également à l'objectif de sécurité énergétique" et que "ces deux objectifs ne peuvent être considérés comme distincts l'un de l'autre". (Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 176 (faisant référence à Inde, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 138 et 140, et note de bas de page 172 y relative))

³⁴⁰ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 173.

³⁴¹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 173. (note de bas de page omise)

³⁴² États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 158 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 6.248).

³⁴³ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 158.

³⁴⁴ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 159 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.330).

³⁴⁵ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 159.

³⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.311. Voir également Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 171 et 172.

d'être appliqué en ce qui concerne des "lois et règlements" très divers³⁴⁷, nous rappelons que le degré de normativité d'un instrument est l'un des facteurs pertinents pour évaluer si cet instrument peut être qualifié de "loi [ou de] règlement" au titre de l'article XX d). Le Groupe spécial le reconnaît dans une certaine mesure lorsqu'il dit que la diversité des systèmes juridiques intérieurs des Membres devrait être prise en compte pour déterminer si un instrument peut être qualifié de "loi [ou de] règlement" aux fins de l'article XX d).³⁴⁸ Nous ne sommes toutefois pas d'accord avec le Groupe spécial dans la mesure où il a pu suggérer que le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d) était *limité* aux "règles de conduite ayant force exécutoire dans le système juridique intérieur" d'un Membre.³⁴⁹

5.122. Nous examinons ensuite l'interprétation par le Groupe spécial du membre de phrase "assurer le respect" figurant à l'article XX d). Ayant résumé la position de groupes spéciaux antérieurs³⁵⁰, le présent Groupe spécial n'a "[pas] jug[é] nécessaire de trancher la question de savoir précisément quel type de lien ou rapport serait requis pour établir que les mesures PTEN "assur[ai]ent le respect" de [l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité]" étant donné qu'il ne voyait "aucun lien ou rapport entre les mesures PTEN et l'article 3 de la Loi sur l'électricité".³⁵¹ Contrairement à ce que l'Inde fait valoir en appel, nous ne pensons pas que le Groupe spécial a constaté que l'expression "assurer le respect" figurant à l'article XX d) limitait le champ de cette disposition seulement aux mesures servant à "empêcher" les actions qui seraient illégales au regard des "lois et règlements" en cause.

5.123. Nous examinons maintenant l'argument de l'Inde selon lequel le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article XX d) en examinant l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité "isolément", alors que l'Inde avait fait valoir que les instruments nationaux qu'elle avait indiqués, lorsqu'ils étaient considérés conjointement, "impos[ai]ent d'assurer une croissance écologiquement durable" et que les mesures PTEN étaient requises pour assurer le respect de cette règle.³⁵²

5.124. Nous rappelons que le Groupe spécial a commencé son analyse en résumant la position de l'Inde comme suit:

L'Inde indique aussi que ses "obligations ... nationale[s] pour assurer une croissance écologiquement durable tout en résolvant le problème de la sécurité énergétique du pays et en assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique" sont incorporées dans: a) la Loi sur l'électricité, "*lue conjointement avec*" b) la Politique nationale en matière d'électricité; c) le Plan national sur l'électricité; et d) le Plan national d'action sur le changement climatique.³⁵³

5.125. Le Groupe spécial a noté que le moyen de défense de l'Inde au titre de l'article XX d) était fondé sur les "obligations nationales" de l'Inde, telles qu'elles étaient indiquées dans la Loi de 2003 sur l'électricité, "*lue conjointement avec*" la Politique nationale en matière d'électricité, le Plan national sur l'électricité et le Plan national d'action sur le changement climatique. Par la suite, le Groupe spécial a structuré son analyse de manière à évaluer individuellement les passages et dispositions pertinents de chacun de ces instruments, afin de déterminer si l'un d'entre eux entraînait dans le champ des "lois et règlements" au titre de l'article XX d). Il a constaté que les passages et dispositions pertinents de la Politique nationale en matière d'électricité, du Plan national sur l'électricité et du Plan national d'action sur le changement climatique n'entraient pas dans le champ des "lois et règlements". En revanche, il a constaté que l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité était une "loi" au sens de l'article XX d), et a donc procédé à l'analyse du point de

³⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 162.

³⁴⁸ Voir le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 749 relative au paragraphe 7.314.

³⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.311.

³⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.328 (citant le rapport du Groupe spécial du GATT CEE – *Pièces détachées et composants*, paragraphe 5.15; et les rapports du Groupe spécial *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 7.315 et note de bas de page 572 y relative, qui mentionne le rapport du Groupe spécial *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphes 655 et 658).

³⁵¹ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 773 relative au paragraphe 7.329.

³⁵² Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 173 (faisant référence à Inde, réponse à la question n° 34 a) du Groupe spécial; et deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 136 et 137).

³⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.275 (faisant référence à Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 240). (pas d'italique dans l'original)

savoir si les mesures PTEN étaient conçues pour "assurer le respect" de l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité, pour finir par constater que ce n'était pas le cas.

5.126. La règle que l'Inde a cherché à indiquer, dont les mesures PTEN visent à assurer le respect, est celle qui consiste à "assurer une croissance écologiquement durable tout en résolvant le problème de la sécurité énergétique du pays et en assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique".³⁵⁴ Cette règle, d'après les allégations de l'Inde, est énoncée dans les passages et dispositions des instruments nationaux qu'elle avait indiqués et entre dans le champ des "lois et règlements" au sens de l'article XX d) dont elle cherche à assurer le respect.

5.127. Comme il est indiqué plus haut, un défendeur peut être en mesure d'identifier une disposition spécifique d'un seul instrument national qui contient une règle, obligation ou prescription donnée dont il cherche à "assurer le respect" aux fins de l'article XX d). Toutefois, il peut aussi identifier une règle, obligation ou prescription donnée par référence à plusieurs éléments ou parties d'un ou de plusieurs instruments de son système juridique intérieur, ou en découlant. Dans ce deuxième cas, il aurait la charge de démontrer que les instruments, ou parties d'instruments, qu'il indique énoncent effectivement la règle dont il allègue l'existence. De plus, il devrait aussi démontrer que cette règle entre dans le champ des "lois et règlements" au titre de l'article XX d) par référence à tous les autres facteurs qui peuvent être pertinents pour cette évaluation. Comme il est expliqué plus haut, ces facteurs peuvent inclure, entre autres choses: i) le degré de normativité de l'instrument et la mesure dans laquelle l'instrument fonctionne pour énoncer une règle de conduite ou une ligne d'action qui doit être observée dans le système juridique intérieur d'un Membre; ii) le degré de spécificité de la règle pertinente; iii) si la règle a force exécutoire, y compris, par exemple, devant une juridiction; iv) si la règle a été adoptée ou reconnue par une autorité compétente disposant des pouvoirs nécessaires dans le système juridique intérieur d'un Membre; v) la forme et le titre donnés à tout instrument ou tous instruments contenant la règle dans le système juridique intérieur d'un Membre; et vi) les pénalités ou sanctions pouvant accompagner la règle pertinente.

5.128. Nous rappelons que le Groupe spécial a analysé chacun des instruments nationaux que l'Inde avait indiqués pour évaluer s'ils pouvaient être qualifiés de "lois et règlements" au sens de l'article XX d). Il a constaté que, tandis que les passages et dispositions de la Politique nationale en matière d'électricité, du Plan national sur l'électricité et du Plan national d'action sur le changement climatique n'étaient pas des "lois et règlements" au sens de l'article XX d), l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité était une "loi" aux fins de cette disposition. À notre avis, étant donné la manière dont l'Inde avait présenté l'argumentation où elle alléguait l'existence de l'obligation d'assurer une croissance écologiquement durable découlant de plusieurs instruments, il aurait peut-être été approprié que le Groupe spécial commence par évaluer si les passages et dispositions des instruments nationaux que l'Inde avait indiqués, *lorsqu'ils étaient considérés conjointement*, énonçaient la règle dont l'Inde alléguait l'existence. Si le Groupe spécial avait été convaincu que l'Inde avait établi l'existence de cette règle, il aurait alors pu examiner si la règle incorporée dans les instruments nationaux indiqués par ce pays pouvait être qualifiée de "loi [ou de] règlement" au titre de l'article XX d).

5.129. Même si nous admettons que le Groupe spécial aurait pu effectuer son analyse différemment, nous n'estimons pas que l'approche que nous avons décrite plus haut, c'est-à-dire examiner les différents instruments conjointement, l'aurait finalement amené à une conclusion différente sur la question de savoir si les mesures PTEN étaient des mesures visant à "assurer le respect des lois et règlements" au sens de l'article XX d) pour les raisons exposées plus loin.³⁵⁵

5.130. Nous rappelons que, s'agissant de la Politique nationale en matière d'électricité, l'Inde a indiqué que le paragraphe 5.12.1 de cette Politique contenait l'"obligation spécifique" dont les mesures PTEN avaient pour objet d'assurer le respect.³⁵⁶ Le paragraphe 5.12.1 de la Politique nationale en matière d'électricité est libellé comme suit:

Les sources d'énergie non conventionnelles étant les plus respectueuses de l'environnement, il est urgent de promouvoir la production d'électricité à partir de ces

³⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.275 (faisant référence à Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 240).

³⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.333.

³⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.279.

sources d'énergie. À cette fin, des efforts doivent être faits pour réduire les coûts d'investissement associés aux projets reposant sur les sources d'énergie non conventionnelles et renouvelables. Le coût de l'énergie peut aussi être réduit en stimulant la concurrence dans le cadre de ces projets. Dans le même temps, des mesures d'encouragement adéquates devraient aussi être prises en vue du développement de technologies et de la croissance durable de ces sources.³⁵⁷

5.131. S'agissant du Plan national sur l'électricité, l'Inde a dit que la sous-section 5.2.1 du Plan contenait l'obligation dont les mesures PTEN avaient pour objet d'assurer le respect.³⁵⁸ La sous-section 5.2.1 est libellée comme suit:

5.2.1 Développement durable

Le développement durable de notre pays est notre objectif ultime, qui vise le développement économique tout en maintenant la qualité de l'environnement et l'équité sociale. Il s'agit aussi de veiller à ce que le développement se déroule de manière à répondre à nos besoins présents sans compromettre les besoins des générations futures. L'importance et la pertinence d'un développement énergétique reposant uniquement sur une énergie propre et verte est l'aspect le plus essentiel. Une telle croissance dépend du choix d'un combustible/d'une technologie appropriés pour la production d'électricité. En conséquence, le Plan tient compte du développement de projets fondés sur des sources d'énergie renouvelable ainsi que d'autres mesures et technologies propices au développement durable du pays.

La "Stratégie sobre en carbone" est l'initiative principale qui détermine le choix des ressources pour la production d'électricité. Les projets du Plan qui sont fondés sur des sources conventionnelles, c'est-à-dire les sources hydrauliques, nucléaires et thermiques, sont sélectionnés à l'issue d'études réalisées à l'aide de logiciels d'expansion des capacités afin de répondre à la demande comme il est précisé dans le projet du 18^{ème} rapport d'étude EPS. L'électricité provenant de sources d'énergie renouvelable a été également prise en considération dans la réalisation de ces études.

La demande retenue aux fins de la planification correspond aux projections de la demande figurant dans le projet du 18^{ème} rapport d'étude EPS. Elle repose sur l'utilisation de technologies à haut rendement énergétique et l'adoption de mesures de conservation de l'énergie. Par conséquent, la stratégie adoptée en matière de planification est conforme à une croissance suivant une stratégie sobre en carbone.³⁵⁹

5.132. Enfin, s'agissant du Plan national d'action sur le changement climatique, sur la base du résumé fourni par l'Inde, le Groupe spécial a identifié trois extraits du Plan auquel il croyait comprendre que celle-ci faisait référence.³⁶⁰ En appel, l'Inde ne conteste pas l'identification de ces extraits par le Groupe spécial. Ces extraits sont libellés comme suit:

Reconnaissant que le changement climatique est un problème mondial, l'Inde participera activement aux négociations multilatérales dans le cadre de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, d'une manière positive, constructive et prospective. Notre objectif sera d'établir une approche globale effective, coopérative et équitable sur la base du principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives qui est inscrit dans [la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques]. ... Enfin, notre approche doit aussi être compatible avec le rôle de l'Inde en tant que membre responsable et éclairé de la communauté internationale, prêt à apporter sa

³⁵⁷ Politique nationale en matière d'électricité (pièce IND-14 présentée au Groupe spécial), paragraphe 5.12.1.

³⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.281 (faisant référence à Inde, réponse à la question n° 34 a) du Groupe spécial).

³⁵⁹ Plan national sur l'électricité (pièce IND-16 présentée au Groupe spécial), sous-section 5.2.1, pages 90 et 91.

³⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

contribution pour trouver une solution à un problème mondial qui a des répercussions sur l'ensemble de l'humanité.

...

La Mission solaire nationale encouragerait l'utilisation de l'énergie solaire pour la production d'électricité et d'autres applications. ...

Les technologies solaires sont un moyen de production extrêmement propre qui ne produit pratiquement aucune forme d'émission au point de production. Elles permettraient d'atteindre la sécurité énergétique par le remplacement du charbon et du pétrole.

...

Les applications du solaire thermique en milieu rural seraient aussi recherchées dans le cadre de partenariats public-privé lorsque cela sera réalisable. Il serait établi une capacité de fabrication locale appropriée pour atteindre ce niveau de déploiement, accompagnée des alliances technologiques nécessaires, le cas échéant. En outre, la Mission aurait comme objectif d'arriver dans ce délai à une production photovoltaïque (PV) locale de 1 000 [mégawatts] par an à partir d'installations intégrées. Elle viserait également à créer une capacité de production d'énergie solaire à concentration d'au moins 1 000 [mégawatts] dans le délai indiqué, l'existence d'alliances techniques étant, là encore, essentielle.³⁶¹

5.133. Lorsque nous examinons les passages et dispositions de la Politique nationale en matière d'électricité, du Plan national sur l'électricité et du Plan national d'action sur le changement climatique indiqués par l'Inde, nous ne voyons pas comment ces instruments, pris conjointement, pourraient être interprétés comme énonçant la "règle" visant à assurer la croissance écologiquement durable dont l'Inde allègue l'existence.³⁶² La Politique nationale en matière d'électricité indique qu'elle "vise à établir des directives" en vue de la réalisation de certains objectifs.³⁶³ Le Plan national sur l'électricité est décrit comme un "document de référence".³⁶⁴ Le Plan national d'action sur le changement climatique "met à jour les programmes nationaux de l'Inde pertinents pour faire face au changement climatique"; il "identifie des mesures aptes à promouvoir [les] objectifs de développement [de l'Inde] tout en présentant des avantages conjoints pour faire face efficacement au changement climatique"; et il "indique des possibilités spécifiques de faire avancer simultanément les objectifs de l'Inde relatifs au développement et au climat s'agissant à la fois de l'adaptation et des émissions de gaz à effet de serre (GES)".³⁶⁵ Nous notons qu'il y a des différences dans la teneur substantielle des passages et dispositions de ces trois instruments, d'une part, et la substance de la règle qu'elles contiennent, d'après les allégations de l'Inde, d'autre part. De plus, les textes pertinents de ces instruments, qu'ils soient considérés isolément ou conjointement, n'énoncent pas, avec un degré suffisant de normativité et de spécificité, une "règle" visant à assurer une croissance écologiquement durable, comme l'Inde l'allègue. De fait, nous notons, comme le Groupe spécial l'a fait, que le texte de ces passages et dispositions "[est] incitatif, aspiratif, déclaratoire et, parfois seulement, descriptif".³⁶⁶

5.134. Nous passons à l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité, qui est libellé comme suit:

³⁶¹ Plan national d'action sur le changement climatique (pièce IND-2 présentée au Groupe spécial), pages 1, 20 et 22, respectivement.

³⁶² L'Inde reconnaît que la Politique nationale en matière d'électricité, le Plan national sur l'électricité et le Plan national d'action sur le changement climatique sont, en eux-mêmes et à eux seuls, des "instruments juridiques non contraignants". (Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 172; voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.314.)

³⁶³ Politique nationale en matière d'électricité (pièce IND-14 présentée au Groupe spécial), paragraphe 1.8.

³⁶⁴ Politique nationale en matière d'électricité (pièce IND-14 présentée au Groupe spécial), paragraphe 3.1.

³⁶⁵ Plan national d'action sur le changement climatique (pièce IND-2 présentée au Groupe spécial), page 13.

³⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.313.

3. 1) Le Gouvernement central élaborera périodiquement la Politique nationale en matière d'électricité et la politique tarifaire, en consultation avec les gouvernements des États et l'Autorité [centrale de l'électricité] chargée du développement du réseau d'électricité sur la base d'une utilisation optimale des ressources telles que le charbon, le gaz naturel, les substances ou matières nucléaires, les sources d'énergie hydraulique et d'énergie renouvelable.

2) Le Gouvernement central publiera périodiquement la Politique nationale en matière d'électricité et la politique tarifaire.

3) Le Gouvernement central pourra, périodiquement, en consultation avec les gouvernements des États et l'Autorité [centrale de l'électricité], examiner ou réviser la Politique nationale en matière d'électricité et la politique tarifaire visées au paragraphe 1).

4) L'Autorité [centrale de l'électricité] élaborera un Plan national sur l'électricité conformément à la Politique nationale en matière d'électricité et notifiera ce plan tous les cinq ans:

Sous réserve que lors de l'élaboration du Plan national sur l'électricité, l'Autorité [centrale de l'électricité] publie le projet de plan et invite les détenteurs de licences, les sociétés productrices et le public à formuler des suggestions et des objections à cet égard dans le délai qui pourra être prescrit:

Sous réserve en outre que l'Autorité [centrale de l'électricité] –

a) notifie le plan après son approbation par le Gouvernement central;

b) révisé le plan en y incorporant les directives que le Gouvernement central aura, le cas échéant, données en accordant l'approbation visée dans la clause a).

5) L'Autorité [centrale de l'électricité] pourra examiner ou réviser le Plan national sur l'électricité en fonction de la Politique nationale en matière d'électricité.³⁶⁷

5.135. L'article 3 1) de la Loi de 2003 sur l'électricité dispose donc que le Gouvernement central "élaborera" la Politique nationale en matière d'électricité. L'article 3 2) exige que le Gouvernement central publie périodiquement cette politique. L'article 3 3) autorise le Gouvernement central à examiner et réviser cette politique. L'article 3 4) dispose que l'Autorité centrale de l'électricité "élaborera" un Plan national sur l'électricité conformément à la Politique nationale en matière d'électricité et notifiera ce plan tous les cinq ans. L'article 3 énonce donc l'obligation d'élaborer, de publier et d'examiner périodiquement la Politique nationale en matière d'électricité et le Plan national sur l'électricité, et confère aux entités pertinentes le pouvoir de le faire.³⁶⁸ Cette obligation est différente en ce qui concerne la teneur de la règle que l'Inde cherche à faire découler de l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité, à savoir assurer une croissance écologiquement durable tout en résolvant le problème de la sécurité énergétique du pays et en assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique.³⁶⁹

³⁶⁷ Loi de 2003 sur l'électricité (pièce USA-20 présentée au Groupe spécial), article 3.

³⁶⁸ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.312 et 7.327.

³⁶⁹ Dans la mesure où l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité dispose que le "Gouvernement central élaborera périodiquement la Politique nationale en matière d'électricité et la politique tarifaire ... *sur la base d'une utilisation optimale des ressources telles que le charbon, le gaz naturel, les substances ou matières nucléaires, les sources d'énergie hydraulique et d'énergie renouvelable*" (pas d'italique dans l'original), l'Inde a, à l'audience, souscrit à l'avis du Groupe spécial selon lequel l'"utilisation optimale des ressources telles que le charbon, le gaz naturel, les substances ou matières nucléaires, les sources d'énergie hydraulique et d'énergie renouvelable" étaient des objectifs visés à l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.330 à 7.332.) Nous notons aussi la constatation du Groupe spécial, non contestée en appel, indiquant que l'Inde n'a pas avancé l'argument selon lequel les mesures PTEN étaient conçues pour assurer le respect des obligations prévues à l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité consistant à élaborer périodiquement la Politique nationale en matière d'électricité et le Plan national sur l'électricité. Le Groupe spécial a dit aussi qu'il "ne [voyait] pas comment l'on pourrait dire des mesures PTEN qu'elles assur[aient] le respect des obligations énoncées à l'article 3 de la Loi sur l'électricité, qui consist[aient] à

5.136. L'article 3 indique le fondement juridique et l'autorité chargée de l'élaboration de la Politique nationale en matière d'électricité et du Plan national sur l'électricité, mais il ne parle pas du degré de normativité de ces instruments. Ainsi, par exemple, il n'indique pas dans quelle mesure ces instruments doivent être observés ou respectés dans le système juridique intérieur de l'Inde. Alors que la Politique nationale en matière d'électricité et le Plan national sur l'électricité ont fort bien pu être adoptés par les autorités compétentes pour remplir cette fonction dans le système juridique intérieur de l'Inde, nous ne voyons pas très bien comment l'article 3 de la Loi de 2003 sur l'électricité aurait pour effet d'ajouter au degré de normativité de ces instruments nationaux par ailleurs "non contraignants".

5.137. Pour toutes ces raisons, nous ne souscrivons pas à l'affirmation de l'Inde selon laquelle les passages et dispositions des instruments nationaux indiqués par l'Inde, lorsqu'ils sont lus conjointement, énoncent la règle visant à "assurer une croissance écologiquement durable tout en résolvant le problème de la sécurité énergétique du pays et en assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique", ainsi que l'Inde l'allègue.

5.3.4 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation des instruments internationaux indiqués par l'Inde

5.138. L'Inde fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle elle n'a pas démontré que les instruments internationaux qu'elle avait indiqués avaient un "effet direct" en Inde et étaient, par conséquent, des "lois et règlements" au sens de l'article XX d) du GATT de 1994.³⁷⁰ Premièrement, l'Inde estime que l'analyse du Groupe spécial était fondée sur une "incompréhension totale" de ses arguments concernant la "mise en œuvre" des obligations juridiques.³⁷¹ Elle affirme que les instruments internationaux qu'elle avait indiqués ont un "effet direct" en Inde parce que l'organe exécutif du Gouvernement central peut prendre des mesures pour les "mettre en œuvre" ou les "exécuter" sans que le corps législatif ait besoin d'adopter une législation intérieure les incorporant.³⁷² Pour l'Inde, c'est parce que ces instruments internationaux ont un "effet direct" en Inde que l'exécutif est tenu de prendre une mesure de mise en œuvre.³⁷³ Deuxièmement, l'Inde affirme que l'"effet direct" dans son système juridique intérieur des instruments internationaux indiqués est établi par le fait que "la Cour suprême de l'Inde a reconnu que les principes du développement durable énoncés dans le droit environnemental international faisaient partie de la gouvernance en matière d'environnement et de développement en Inde."³⁷⁴ Elle demande donc que nous infirmions la constatation du Groupe spécial selon laquelle les instruments internationaux qu'elle avait indiqués n'entrent pas dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d). Elle demande aussi que nous constatons que "puisque ces instruments du droit international ont un effet direct en Inde, ... l'exécutif doit assurer le respect de ces lois."³⁷⁵

5.139. Les États-Unis répondent que, dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, l'Organe d'appel a constaté qu'un accord international n'était pas une "loi [ou un] règlement" au regard de l'article XX d) si le système juridique d'un Membre exigeait que des "actes législatifs ou réglementaires intérieurs" le mettent en œuvre.³⁷⁶ Selon les États-Unis, "dans les cas où un "acte réglementaire" intervient, un accord international ne fait pas partie, en lui-même et à lui seul, des lois et règlements d'un Membre."³⁷⁷ Soulignant que l'Inde a reconnu que les instruments internationaux qu'elle avait indiqués nécessitaient une "mise en œuvre" par l'exécutif, les États-Unis affirment que ces instruments internationaux n'ont pas d'"effet direct" en Inde et

élaborer périodiquement la Politique nationale en matière d'électricité et le Plan national sur l'électricité". (*Ibid.*, paragraphe 7.329)

³⁷⁰ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 170.

³⁷¹ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 167.

³⁷² Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 167 et 168. Selon l'Inde, une mesure législative visant à incorporer l'instrument international est nécessaire uniquement lorsqu'il y a une législation intérieure "contraire", ce qui n'est pas le cas pour les instruments internationaux indiqués par l'Inde en l'espèce.

³⁷³ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 167.

³⁷⁴ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 168 (faisant référence à Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 180 et note de bas de page 172 y relative).

³⁷⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 170.

³⁷⁶ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 155.

³⁷⁷ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 155 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 69).

n'entrent donc pas dans le champ de l'article XX d), parce que cette disposition ne fait pas de distinction entre mesure exécutive et mesure législative en ce qui concerne la mise en œuvre du droit international.³⁷⁸ En outre, ils affirment que l'Inde ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait au titre de l'article XX d), car ses arguments sont des "observations très générales sur le droit indien, qui ne sont étayées par aucun élément de preuve".³⁷⁹ S'agissant des décisions de la Cour suprême de l'Inde invoquées par l'Inde, les États-Unis relèvent que l'une d'elles relate simplement l'"histoire des accords internationaux concernant le développement durable" et "ne fournit absolument aucune indication sur le rôle que les accords mentionnés jouent dans le droit indien".³⁸⁰ Ils indiquent aussi que l'Inde n'a pas fourni de copie de la décision de la Cour suprême citée dans sa première communication écrite au Groupe spécial, empêchant ainsi toute évaluation de la mesure dans laquelle cette décision étaye sa position.³⁸¹

5.140. Comme il est indiqué plus haut, un défendeur qui cherche à justifier au regard de l'article XX d) une mesure qui est par ailleurs incompatible avec le GATT est tenu d'établir qu'il existe des règles qui font partie de son système juridique intérieur et que ces règles entrent dans le champ des "lois et règlements" visés par cette disposition.³⁸² Dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit: "l'expression 'lois et règlements' couvre les règles qui font partie du système juridique intérieur d'un Membre de l'OMC, y compris les règles découlant des accords internationaux qui ont été incorporés dans le système juridique intérieur d'un Membre de l'OMC ou qui ont un effet direct selon le système juridique de ce Membre".³⁸³ Des règles découlant d'accords internationaux peuvent donc devenir partie intégrante du système juridique intérieur d'un Membre d'au moins deux façons. Par exemple les Membres peuvent incorporer ces règles, y compris au moyen d'actes législatifs ou exécutifs ayant pour objet de mettre en œuvre un accord international³⁸⁴; et certaines règles internationales peuvent avoir un effet direct dans le système juridique intérieur de certains Membres sans qu'une mesure intérieure spécifique ne soit prise pour les mettre en œuvre.³⁸⁵ Selon le système juridique intérieur du Membre, il peut y avoir d'autres façons, pour les règles ou instruments internationaux, de devenir partie intégrante de ce système juridique intérieur. Une évaluation du point de savoir si une règle ou un instrument international donné fait partie du système juridique intérieur d'un Membre doit être effectuée au cas par cas, eu égard à la nature de la règle ou de l'instrument et à l'objet de la loi en cause, et compte tenu du fonctionnement du système juridique intérieur du Membre en question.

5.141. Nous soulignons que, même si un instrument international particulier peut être considéré comme faisant partie du système juridique intérieur d'un Membre, ce fait n'établit pas, en lui-même et à lui seul, l'existence d'une règle, obligation ou prescription dans le système juridique intérieur du Membre, qui entre dans le champ d'une "loi [ou d'un] règlement" visé à l'article XX d). De fait, comme il est expliqué plus haut, une évaluation du point de savoir si un instrument fonctionne avec un degré de normativité et de spécificité suffisant dans le système juridique intérieur d'un Membre³⁸⁶ pour énoncer une règle de conduite ou une ligne d'action et, ainsi, pour pouvoir être qualifié de "loi [ou de] règlement", doit être effectuée au cas par cas, compte tenu de tous les autres facteurs pertinents concernant l'instrument et le système juridique intérieur du Membre.

³⁷⁸ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 155.

³⁷⁹ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 156.

³⁸⁰ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 156. (note de bas de page omise)

³⁸¹ États-Unis, communication en tant qu'intimé, paragraphe 156.

³⁸² Voir *supra*, les paragraphes 5.106 à 5.114.

³⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 79. (pas d'italique dans l'original)

³⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 69.

³⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, note de bas de page 148 relative au paragraphe 69.

³⁸⁶ Dans le contexte de l'argument de l'Inde selon laquelle les "mesures PTEN ... ont été conçues pour assurer le respect des obligations de l'Inde dans le cadre du droit international" (Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 169), nous notons que le degré de normativité d'une règle ou d'un instrument international dans le système juridique intérieur d'un Membre peut être différent du degré de normativité de cette règle ou cet instrument dans le droit international public. Ainsi, par exemple, même si le principe du droit international public *pacta sunt servanda*, qui est codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331) prescrit que "[t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi", cela ne veut pas dire, en soi, qu'il y a une règle, prescription ou obligation dans le système juridique intérieur d'un Membre qui entre dans le champ des "lois et règlements".

5.142. Nous passons maintenant à l'affirmation de l'Inde selon laquelle les instruments internationaux qu'elle avait indiqués ont un "effet direct" en Inde et entrent dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d), parce que le corps législatif indien "n'est pas tenu de légiférer dans le cas d'une loi nationale incorporant le droit international dans le droit interne" avant que l'organe exécutif puisse prendre une mesure pour "mettre en œuvre" ou "exécuter" les instruments internationaux.³⁸⁷ Selon l'Inde, une mesure législative visant à incorporer un instrument international est nécessaire uniquement lorsqu'il y a une législation intérieure "contraire", ce qui n'est pas le cas pour les instruments internationaux indiqués par l'Inde en l'espèce.³⁸⁸ L'Inde affirme que le fait même que l'organe exécutif peut prendre une mesure pour "exécuter" les instruments internationaux concernés, par exemple en adoptant les mesures PTEN, montre que ces instruments et règles internationaux font déjà partie de son système juridique intérieur et que l'organe exécutif peut donc y donner suite.³⁸⁹ Selon la lecture que l'Inde fait de l'article XX d), les instruments internationaux qui peuvent être "mis en œuvre" ou "exécutés" dans le système juridique intérieur d'un Membre particulier exclusivement par une mesure de l'exécutif, sans aucune base législative préalable au niveau intérieur, ont un "effet direct" dans le système juridique du Membre en question, font partie de ce système juridique et, par conséquent, entrent dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d).

5.143. Nous rappelons que le Groupe spécial a accepté l'explication que l'Inde avait donnée du fonctionnement de son système juridique intérieur et de la répartition des pouvoirs dans le cadre de la Constitution indienne:

Nous avons pris note soigneusement de l'explication que l'Inde a donnée du fonctionnement de son système juridique intérieur. Nous acceptons son explication de la répartition des pouvoirs dans le cadre de la Constitution indienne et nous acceptons son explication selon laquelle le pouvoir exécutif peut prendre des mesures de mise en œuvre pour assurer le respect des obligations de droit international contractées par l'Inde au titre des instruments susmentionnés. Nous acceptons aussi l'explication de l'Inde selon laquelle le pouvoir exécutif peut prendre des mesures de mise en œuvre sans la sanction expresse du législatif, à condition que ces mesures de mise en œuvre ne soient pas contraires aux lois adoptées par le Parlement.³⁹⁰

5.144. De l'avis du Groupe spécial, toutefois, l'explication de l'Inde tend à montrer que, dans le système juridique intérieur indien, soit l'organe exécutif, soit l'organe législatif, soit les deux, selon le cas, doivent prendre des "mesures de mise en œuvre" pour incorporer et mettre en œuvre les obligations internationales de l'Inde dans le système juridique intérieur du pays.³⁹¹ L'explication de l'Inde ayant établi que certaines autorités nationales pouvaient éventuellement donner suite aux obligations de droit international contractées par l'Inde et les mettre en œuvre dans le pays, le Groupe spécial a estimé que cela tendait à montrer que ces obligations n'avaient pas d'"effet direct" en Inde.³⁹² De plus, le Groupe spécial n'a rien vu, ni dans le texte de l'article XX d) ni dans le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, qui permettait d'établir une distinction entre les mesures de mise en œuvre prises par l'organe législatif et les mesures de mise en œuvre prises par l'organe exécutif, de sorte que la question de savoir si un accord international serait considéré comme ayant un "effet direct" aux fins de l'article XX d) dépendrait du point de savoir "si l'exécutif, par opposition au législatif, pren[ait] des mesures de mise en œuvre pour les incorporer dans le système juridique intérieur".³⁹³

5.145. Comme le Groupe spécial, nous ne voyons aucune raison de remettre en question l'explication de l'Inde concernant la répartition des pouvoirs entre les organes exécutif et législatif dans le cadre de la Constitution indienne. Nous prenons aussi note de l'affirmation de l'Inde selon

³⁸⁷ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 167.

³⁸⁸ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphes 167 et 168. L'Inde a expliqué devant le Groupe spécial que, "[e]n vertu de la législation indienne, les règles du droit international [étaient] intégrées dans le droit interne sans la sanction expresse du législatif, à condition qu'elles ne soient pas contraires aux lois adoptées par le Parlement". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.294 (citant Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 180))

³⁸⁹ Inde, réponse aux questions posées à l'audience.

³⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.297.

³⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.298.

³⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.298.

³⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.299 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 79).

laquelle le fait même que l'organe exécutif peut prendre des mesures pour "exécuter" les règles ou instruments internationaux en cause, par exemple en adoptant les mesures PTEN, parce qu'elles ne sont pas contraires à la législation intérieure montre que ces instruments internationaux peuvent déjà faire partie de son système juridique intérieur et que l'organe exécutif peut donc y donner suite.³⁹⁴ Toutefois, la question de savoir quel organe du Gouvernement central a le pouvoir de mettre en œuvre, d'exécuter ou de donner autrement effet à un instrument international dans le système juridique intérieur ne permet pas, en elle-même et à elle seule, de déterminer si cet instrument entre dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d). De fait, comme il est expliqué plus haut, la question de savoir si une règle énoncée dans un instrument international fait partie du système juridique intérieur d'un Membre et entre dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d) doit être tranchée à la lumière de tous les facteurs pertinents dans une affaire donnée, y compris les caractéristiques de l'instrument en cause et les particularités du système juridique intérieur du Membre concerné.

5.146. Nous examinons maintenant l'affirmation de l'Inde selon laquelle l'"effet direct" des instruments internationaux identifiés dans son système juridique intérieur est établi par le fait que "la Cour suprême de l'Inde a reconnu que les principes du développement durable énoncés dans le droit environnemental international faisaient partie de la gouvernance en matière d'environnement et de développement en Inde."³⁹⁵

5.147. Le Groupe spécial a noté l'affirmation de l'Inde selon laquelle la Cour suprême de l'Inde "[avait] estimé que les principes du droit environnemental international et le concept de développement durable "[étaient] fondamentaux pour la gouvernance en matière d'environnement et de développement en Inde" et "[avait] également noté que le concept de développement durable faisait partie du droit international coutumier".³⁹⁶ Pour le Groupe spécial, toutefois, les arguments et éléments de preuve présentés par l'Inde ne concernent pas "la question de savoir si les obligations internationales sont incorporées automatiquement dans le droit interne et ont un "effet direct" en Inde".³⁹⁷ Le Groupe spécial a aussi rappelé la déclaration liminaire de l'Inde à la première réunion du Groupe spécial, dans laquelle l'Inde, faisant référence à une décision de la Cour suprême de l'Inde, a expliqué ce qui suit:

La Cour suprême de l'Inde, eu égard à l'exercice du pouvoir exécutif appartenant au Gouvernement central de créer une centrale électrique, a dit récemment que le pouvoir de prendre des décisions conféré à l'exécutif dans cette affaire reposait sur la pierre de touche du développement durable et de son incidence sur l'écologie, conformément aux principes environnementaux nationaux et internationaux. Les principes relatifs au développement durable dans cette affaire étaient inférés des dispositions de plusieurs instruments du droit environnemental international, y compris [la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques], des principes établis lors des autres conventions conclues à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement en 1992, dont le programme Action 21 et la Convention sur la diversité biologique, ainsi que le Sommet de 1997 Rio+5 qui avait adopté le Programme relatif à la poursuite de la mise en œuvre d'Action 21. La Cour n'a pas examiné la question de savoir si les dispositions ou les principes avaient ou pas un caractère juridiquement contraignant ou non contraignant. Elle a simplement relevé la pertinence du droit environnemental international énoncé dans plusieurs instruments juridiques auxquels les États, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, avaient adhéré. C'est dans l'exercice de ces pouvoirs que les politiques

³⁹⁴ Inde, réponse aux questions posées à l'audience. Voir également Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 167, où il est dit que "[l]e fait que l'exécutif prend des mesures de "mise en œuvre" ne signifie pas que l'instrument du droit international n'a pas d'effet direct. Au contraire, c'est précisément parce que le droit international a un effet direct que l'organe exécutif est tenu de prendre des mesures de mise en œuvre".

³⁹⁵ Inde, communication en tant qu'appelant, paragraphe 168 (faisant référence à Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 180 et note de bas de page 172 y relative). À l'audience, il est apparu que l'Inde donnait à entendre que les instruments internationaux qu'elle avait indiqués pouvaient former la base indépendante et exclusive d'un motif d'action devant les tribunaux nationaux indiens. Cette position n'est cependant pas étayée par les constatations ou le dossier du Groupe spécial.

³⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.298 (citant Inde, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 180, qui fait référence à Cour suprême de l'Inde, Arrêt *Vellore Citizens Welfare Forum v. Union of India and Others* (1996) 5 SCC 647), paragraphes 10 à 15).

³⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.298.

visées dans la communication de l'Inde ont été formulées par le Gouvernement, y compris le [Plan national d'action sur le changement climatique], la Politique nationale en matière d'électricité.³⁹⁸

5.148. Bien que ces décisions et observations de la Cour suprême puissent servir à mettre en lumière la pertinence des règles et instruments internationaux indiqués par l'Inde aux fins de l'interprétation des dispositions du droit interne de l'Inde et à guider l'exercice du pouvoir de prendre des décisions appartenant à l'organe exécutif du Gouvernement central, nous ne pensons pas que cela soit suffisant pour démontrer que les instruments internationaux que l'Inde a indiqués sont des règles qui font partie de son système juridique intérieur et entrent dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d). Dans la mesure où l'Inde s'appuie sur ces décisions de la Cour suprême pour renforcer son argument selon lequel l'organe exécutif, en adoptant les mesures PTEN, "exécutait" les instruments internationaux qu'elle a indiqués, ou leur donnait effet, nous rappelons que le simple fait que l'organe exécutif prend des mesures conformément aux instruments internationaux en cause n'est pas suffisant, en lui-même et à lui seul, pour démontrer que ces instruments internationaux entrent dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d).

5.149. Pour les raisons qui précèdent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.301 de son rapport, selon laquelle l'Inde n'a pas démontré que les instruments internationaux qu'elle a indiqués – à savoir le préambule de l'Accord sur l'OMC, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992) et la Résolution A/RES/66/288 (2012) des Nations Unies (document Rio+20 – "L'avenir que nous voulons") – peuvent être qualifiés de "lois et règlements" au titre de l'article XX d) dans le présent différend.

5.3.5 Conclusion

5.150. Nous avons constaté plus haut que, pour déterminer si une partie défenderesse a identifié une règle qui entre dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d) du GATT de 1994, un groupe spécial devrait évaluer et prendre dûment en considération toutes les caractéristiques du (des) instrument(s) pertinent(s) et devrait éviter de se concentrer exclusivement ou indûment sur une seule caractéristique. En particulier, il peut être pertinent pour un groupe spécial d'examiner, entre autres choses: i) le degré de normativité de l'instrument et la mesure dans laquelle l'instrument fonctionne pour énoncer une règle de conduite ou une ligne d'action qui doit être observée dans le système juridique intérieur d'un Membre; ii) le degré de spécificité de la règle pertinente; iii) si la règle a force exécutoire, y compris, par exemple devant une juridiction; iv) si la règle a été adoptée ou reconnue par une autorité compétente disposant des pouvoirs nécessaires dans le système juridique intérieur d'un Membre; v) la forme et le titre donnés à tout instrument ou tous instruments contenant la règle dans le système juridique intérieur d'un Membre; et vi) les pénalités ou sanctions pouvant accompagner la règle pertinente. Dans certains cas, comme lorsqu'il y a une règle spécifique ayant force exécutoire prévue par une seule disposition d'un acte législatif national, déterminer si un défendeur a indiqué des "lois et règlements" au sens de l'article XX d) peut s'avérer relativement simple. Dans d'autres cas, en revanche, l'évaluation peut être plus complexe. Point important, cette évaluation doit toujours être effectuée au cas par cas, en fonction des caractéristiques spécifiques et des particularités des instruments en cause, de la règle dont l'existence est alléguée, et du système juridique intérieur du Membre concerné.

5.151. Nous rappelons que l'Inde n'a pas démontré que les passages et dispositions des instruments nationaux qu'elle avait indiqués, lorsqu'ils étaient lus conjointement, énonçaient l'obligation d'"assurer une croissance écologiquement durable tout en résolvant le problème de la sécurité énergétique du pays et en assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique", ainsi qu'elle l'allègue.³⁹⁹ Nous avons aussi conclu que le Groupe spécial

³⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 715 relative au paragraphe 7.295 (citant Inde, déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 61, qui fait référence à Cour suprême de l'Inde, *Decision, G. Sundararajan v. Union of India and Others* (2013) (6) SCC 620 (pièce IND-36 présentée au Groupe spécial (extraits), paragraphes 161 à 174).

³⁹⁹ Voir le paragraphe 5.137 du présent rapport. Nous précisons que, même s'il se peut que cette obligation existe dans le système juridique intérieur de l'Inde, notre conclusion est limitée au fait que l'Inde n'a

n'avait pas fait erreur en constatant que l'Inde n'avait pas démontré que les instruments internationaux qu'elle avait identifiés entraient dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d) dans le présent différend.⁴⁰⁰ Par conséquent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.333 de son rapport, selon laquelle l'Inde n'a pas démontré que les mesures PTEN étaient des mesures visant à "assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du [GATT de 1994]", et la constatation finale formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.2.b de son rapport, selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas justifiées au regard de l'article XX d) du GATT de 1994.

5.4 "Caractère essentiel" et "nécessité" au regard de l'article XX j) et XX d) ainsi que du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994

5.152. Nous rappelons la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures PTEN n'ont pas trait à l'acquisition de "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" au sens de l'article XX j) du GATT de 1994⁴⁰¹, et selon laquelle l'Inde n'a pas démontré que les mesures PTEN étaient des mesures visant à "assurer le respect des lois et règlements" qui ne sont pas incompatibles avec le GATT au sens de l'article XX d) du GATT de 1994.⁴⁰² Le Groupe spécial n'a donc pas jugé nécessaire de formuler des constatations additionnelles sur le point de savoir si ces mêmes mesures seraient "essentiels" à l'acquisition de cellules et modules solaires au sens de l'article XX j) ou "nécessaires" pour assurer le respect au sens de l'article XX d).⁴⁰³ Il a expliqué que, s'il devait constater que les mesures en cause "[n'étaient] pas "essentiels" ou "nécessaires"" au sens de ces dispositions, cela établirait simplement une "base distincte et additionnelle pour la conclusion globale", qu'il avait déjà établie, selon laquelle "les mesures PTEN [n'étaient] pas justifiées au regard de l'article XX j) ou XX d)".⁴⁰⁴ Le Groupe spécial a toutefois décidé de poursuivre son examen et de formuler des constatations additionnelles qui pourraient aider l'Organe d'appel si celui-ci devait être amené ultérieurement à compléter l'analyse juridique au titre de l'article XX j) ou de l'article XX d).⁴⁰⁵ Comme que le Groupe spécial l'a souligné, son approche est compatible avec l'approche qui a été suivie dans le passé par d'autres groupes spéciaux.⁴⁰⁶

5.153. S'agissant des prescriptions du texte introductif de l'article XX, le Groupe spécial a par ailleurs rappelé que "l'Inde n'avait pas démontré que les mesures PTEN relevaient de l'article XX j) ou XX d)" et que "les arguments qu'elle avan[çait] en ce qui concerne les prescriptions du texte introductif de l'article XX repren[aient] pour l'essentiel ses arguments concernant la question de savoir si les cellules et modules solaires [étaient] "essentiels à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se [faisait] sentir une pénurie générale ou locale" au titre de l'article XX j) et "nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements" au titre de l'article XX d)".⁴⁰⁷ Par conséquent, le Groupe spécial ne voyait "aucune raison impérieuse d'examiner plus avant les

pas démontré que les passages et dispositions des instruments nationaux qu'elle a indiqués énonçaient l'obligation dont elle allègue l'existence.

⁴⁰⁰ Voir le paragraphe 5.149 du présent rapport.

⁴⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.265.

⁴⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.333.

⁴⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.334.

⁴⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.334.

⁴⁰⁵ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.335.

⁴⁰⁶ Comme le Groupe spécial l'a noté, l'Organe d'appel a confirmé que "[d]e la même façon qu'il [était] libre de ne traiter que les *allégations* qui [devaient] l'être pour résoudre la question en cause dans un différend, un groupe spécial [était] libre de ne traiter que les *arguments* qu'il jug[eait] nécessaire de traiter pour régler une allégation donnée". (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Volailles*, paragraphe 135 (italique dans l'original)) Le Groupe spécial a noté que "[l]e corollaire logique de cette affirmation [était] qu'un groupe spécial [avait] le pouvoir discrétionnaire eu égard aux circonstances propres à chaque affaire de traiter certaines allégations et certains arguments même lorsqu'il n[était] pas strictement nécessaire de le faire pour résoudre la question en jeu", et que "l'Organe d'appel [avait] confirmé que les groupes spéciaux avaient le pouvoir discrétionnaire de formuler des constatations subsidiaires, y compris des constatations de fait subsidiaires." (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 214 relative au paragraphe 7.76 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 118; *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 126; *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 208; et *États-Unis – Acier au carbone (Inde)*, paragraphe 4.274) (italique dans l'original))

⁴⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.389. (note de bas de page omise)

mesures PTEN au titre du texte introductif du GATT de 1994", et il s'est donc abstenu de le faire.⁴⁰⁸

5.154. Nous avons examiné plus haut l'appel de l'Inde concernant les constatations du Groupe spécial relatives aux éléments juridiques liminaires prévus à l'article XX j) et XX d) du GATT de 1994 et avons confirmé la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.265 de son rapport, selon laquelle les cellules et modules solaires n'étaient pas des "produits pour lesquels se [faisait] sentir une pénurie générale ou locale" en Inde au sens de l'article XX j), ainsi que la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.333 de son rapport, selon laquelle l'Inde n'avait pas démontré que les mesures PTEN étaient des mesures visant à "assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du [GATT de 1994]". Nous avons également confirmé la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.2.b de son rapport, selon laquelle les mesures PTEN n'étaient pas justifiées au regard de l'article XX j) ou de l'article XX d) du GATT de 1994.

5.155. Compte tenu de ces constatations, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner plus avant les allégations formulées par l'Inde en appel concernant "l'examen et l'analyse limités" par le Groupe spécial du point de savoir si les mesures PTEN sont "essentiels" à l'acquisition de cellules et modules solaires aux fins de l'article XX j), ou si elles sont "nécessaires" au sens de l'article XX d). Nous ne jugeons pas non plus nécessaire d'examiner les arguments de l'Inde tels qu'ils se rapportent aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

5.5 Opinion séparée exprimée par un membre de l'Organe d'appel

5.156. Ayant confirmé les constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'article III:8 a), de l'article XX j) et de l'article XX d) du GATT de 1994, la Section connaissant du présent appel a déterminé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner plus avant les allégations de l'Inde concernant les éléments juridiques restants dans le cadre de ces dispositions. Tout en partageant pleinement l'avis de mes collègues à cet égard, je souhaite formuler quelques remarques sur les raisons pour lesquelles j'estime qu'il était approprié de mettre fin à notre analyse, sans nous prononcer davantage sur les autres questions soulevées par l'Inde en appel. Mes remarques concernent principalement la fonction juridictionnelle de l'Organe d'appel d'une manière générale et je commence donc par une réflexion sur la fonction de l'Organe d'appel telle qu'elle est envisagée dans le Mémoire d'accord.

5.157. L'article 17:1 du Mémoire d'accord décrit la fonction de l'Organe d'appel en termes généraux: "conn[aître] des appels concernant des affaires soumises à des groupes spéciaux". En particulier, l'article 17:12 du Mémoire d'accord dispose que l'Organe d'appel "examinera" chacune des questions soulevées par les parties à un différend pendant une procédure d'appel, et l'article 17:6 définit le champ des appels comme étant les "questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et [les] interprétations du droit données par celui-ci". Ainsi, l'Organe d'appel est appelé à examiner tout aspect de l'analyse effectuée par un groupe spécial, y compris le raisonnement juridique du groupe spécial, sous réserve que cet aspect ait été dûment soulevé par les parties en appel conformément à l'article 17:6. Cette formulation figurant dans le Mémoire d'accord limite le champ de l'examen en appel aux questions *soulevées* par les parties dans le contexte d'un différend donné. En revanche, une fois que ces questions ont été soulevées par les parties en appel, c'est le devoir "juridique" de l'Organe d'appel que d'"examiner" chacune d'entre elles.

5.158. Pour décider de la *façon* d'"examiner" chacune des questions soulevées par les parties, l'Organe d'appel est guidé par certains principes généraux. Premièrement, l'Organe d'appel, qui fait partie du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, contribue à réaliser les objectifs visant au "règlement rapide" des différends ou à une "solution positive des différends", qui sont énoncés dans le Mémoire d'accord.⁴⁰⁹ Il peut ainsi, par exemple, s'abstenir de formuler des

⁴⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.390.

⁴⁰⁹ L'article 3:3 du Mémoire d'accord dispose, à cet égard, que le but du système de règlement des différends de l'OMC est le "règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre". L'article 3:4 précise qu'en formulant ses recommandations ou en statuant sur la question, l'ORD "visera à la régler de manière satisfaisante". L'article 3:7 du Mémoire d'accord

constatations spécifiques au sujet d'une question soulevée en appel et "examiner" cette question seulement dans la mesure nécessaire pour s'assurer que, étant donné les autres décisions concernant une allégation formulée en appel, différente mais connexe, qui règlent le différend, il n'était pas nécessaire de se prononcer sur cette question additionnelle particulière.⁴¹⁰ Le point de savoir si le fait de formuler cette constatation additionnelle contribuerait à l'objectif consistant à faciliter le règlement rapide et la résolution efficace d'un différend est une question qu'il appartient à l'Organe d'appel de trancher en fonction des circonstances propres à chaque affaire, y compris la nature des allégations pertinentes soulevées en appel et le lien entre ces allégations, ainsi que leurs conséquences pour la mise en œuvre.

5.159. De plus, un élément nécessaire de la fonction juridictionnelle confiée à l'Organe d'appel est que celui-ci doit veiller à ce que les parties aient pleinement la possibilité de présenter leurs arguments et éléments de preuve et qu'elles bénéficient d'une "procédure régulière" tout au long de la procédure d'appel.⁴¹¹ Par conséquent, la nécessité de préserver les droits des parties à une procédure régulière dans les affaires où, par exemple, une question particulière n'a pas été suffisamment examinée devant le groupe spécial est une contrainte importante pesant sur la capacité de l'Organe d'appel de se prononcer sur des questions particulières soulevées en appel.⁴¹²

5.160. Cela étant dit, la décision de l'Organe d'appel au sujet de la façon d'"examiner" chacune des questions soulevées en appel devrait être interprétée comme un prolongement du *devoir* qui lui incombe d'exercer dûment sa fonction juridictionnelle. D'après le terme express figurant à l'article 17:12 du Mémoire d'accord, à savoir "examinera", l'Organe d'appel n'est pas tenu de donner les raisons *pour lesquelles* il se prononce sur une question particulière dûment soulevée par les parties en appel conformément à l'article 17:6 du Mémoire d'accord. Cependant, lorsqu'il estime, par exemple, que d'autres constatations concernant des questions dont il est fait appel ne sont pas nécessaires pour faciliter le règlement rapide et la résolution efficace du différend, il l'expliquera dans son rapport.⁴¹³

5.161. Cela m'amène à l'article 3:2 du Mémoire d'accord, qui dispose que le "système de règlement des différends de l'OMC ... a pour objet ... de clarifier les dispositions existantes de[s] accords [visés] conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". Comme l'Organe d'appel l'a noté, il n'y a rien dans l'article 3:2 qui encouragerait "l'Organe d'appel à "légiférer" en clarifiant les dispositions existantes de l'Accord sur l'OMC hors du contexte du règlement d'un différend particulier."⁴¹⁴ On ne peut pas attendre de l'Organe d'appel qu'il donne des indications en matière d'interprétation sur des dispositions des accords visés d'une manière abstraite qui dépasse le cadre de ce qui est requis dans un différend particulier. Cela reviendrait à sortir du cadre de la fonction juridictionnelle de l'Organe d'appel telle qu'elle est prévue par le Mémoire d'accord.

d'accord indique en outre que "[l]e but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends".

⁴¹⁰ Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit: "bien que nous reconnaissons qu'il puisse y avoir des affaires dans lesquelles il serait utile que nous examinions une question, nonobstant le fait que notre décision ne conduirait pas à l'adoption de décisions et recommandations par l'ORD, nous ne voyons aucune raison impérative de le faire en l'espèce." Il a ajouté qu'une interprétation d'un membre de phrase particulier figurant dans l'Accord SMC n'était "pas nécessaire pour résoudre" ce différend. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphes 510 et 511) S'agissant d'une autre allégation formulée dans cette affaire, l'Organe d'appel a dit qu'il ne voyait pas comment un examen de cette "allégation ... contribuerait au "règlement rapide" de cette question ou à la "régler de manière satisfaisante" ou contribuerait à "arriver à une solution positive" du présent différend." (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 747)

⁴¹¹ Les tierces parties se voient conférer des droits relativement plus limités par l'article 10 du Mémoire d'accord.

⁴¹² Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Subventions à l'exportation de sucre*, paragraphe 339, dans lequel l'Organe d'appel a fait observer que "la question de l'applicabilité de l'Accord SMC aux subventions à l'exportation en l'espèce soul[evait] un certain nombre de questions complexes" et qu'"à défaut d'un examen approfondi de ces questions, compléter l'analyse risquerait de porter atteinte aux droits à une procédure régulière des participants". Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.69.

⁴¹³ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphes 117 et 118; *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphes 80 à 92; et *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphes 43 à 52. En outre, si l'Organe d'appel estime qu'il n'est pas en mesure de compléter l'analyse juridique comme cela est demandé en appel par une partie, par exemple, parce qu'il n'y a pas suffisamment de constatations de fait du groupe spécial, il indiquera cette raison dans son rapport.

⁴¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 22.

5.162. Dans le même temps, les Membres de l'OMC, y compris les tierces parties à un différend, ont un intérêt systémique à recevoir un rapport de l'Organe d'appel qui clarifie dûment les dispositions existantes des accords visés.⁴¹⁵ De plus, un rapport de l'Organe d'appel qui se prononce de façon appropriée sur la question considérée, ce qui contribue en définitive à clarifier les dispositions pertinentes de l'accord visé, est non seulement requis par le Mémoire d'accord, mais aussi important en ce sens que cela permet à l'ORD de formuler des recommandations et décisions suffisamment précises "[p]our que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres".⁴¹⁶

5.163. Dans la présente opinion séparée, j'espère avoir été en mesure de mieux faire comprendre la façon dont je vois la fonction de l'Organe d'appel, ainsi que ses limites, dans le contexte à la fois du présent appel et d'autres affaires sur lesquelles j'ai travaillé avec mes éminents collègues de l'Organe d'appel.

6 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS

6.1. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel formule les constatations et conclusions suivantes.

6.1 Article III:8 a) du GATT de 1994

6.2. S'agissant de la constatation formulée par le Groupe spécial au titre de l'article III:8 a) du GATT de 1994, nous considérons que, au titre de l'article III:8 a), le produit acheté par voie d'acquisition doit nécessairement être "similaire" au produit étranger faisant l'objet d'une discrimination, ou être "directement concurrent" de ce produit ou "[pouvoir] lui être directement substitué" – en d'autres termes, être dans un "rapport de concurrence" avec le produit étranger faisant l'objet d'une discrimination. Bien qu'un examen des intrants et des procédés de production puisse *éclairer* la question de savoir si le produit acheté est dans un rapport de concurrence avec le produit faisant l'objet d'une discrimination, il ne *remplace* pas le critère du rapport de concurrence. La question de savoir si le champ d'application de l'article III:8 a) peut aussi englober la discrimination relative aux intrants et procédés de production utilisés en ce qui concerne les produits achetés se pose uniquement après qu'il a été constaté que le produit acheté est dans un rapport de concurrence avec le produit faisant l'objet d'une discrimination. Sur la base de notre examen de l'analyse et de l'approche du Groupe spécial:

- a. Nous constatons que le Groupe spécial a été à juste titre guidé par le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis* lorsqu'il a constaté que les mesures PTEN n'étaient pas visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a).
- b. Nous rejetons l'allégation de l'Inde selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en évaluant les arguments de l'Inde concernant le champ d'application de l'article III:8 a) du GATT de 1994.
- c. Par conséquent, nous confirmons les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.135 et 7.187 de son rapport, selon lesquelles les mesures PTEN ne sont pas visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994 et selon lesquelles les mesures PTEN sont donc incompatibles avec l'article 2:1 de l'Accord sur les MIC et l'article III:4 du GATT de 1994.

6.3. La demande de l'Inde visant à ce que l'analyse juridique soit complétée est subordonnée à la condition que nous infirmions la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas visées par la dérogation prévue à l'article III:8 a) du GATT de 1994. Ayant confirmé cette constatation du Groupe spécial, nous n'avons pas besoin d'examiner, et n'examinons pas, les autres allégations et arguments connexes de l'Inde concernant les éléments restants dans le cadre

⁴¹⁵ L'Organe d'appel a expliqué ce qui suit: "[s]i l'application d'une disposition peut être considérée comme limitée au contexte dans lequel elle a lieu, la pertinence de la clarification figurant dans des rapports de l'Organe d'appel adoptés n'est pas limitée à l'application d'une disposition particulière dans une affaire donnée." Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, paragraphe 160.

⁴¹⁶ Article 21:1 du Mémoire d'accord.

de l'article III:8 a). Nous n'exprimons donc aucun avis sur le raisonnement et l'analyse du Groupe spécial à cet égard.

6.2 Article XX j) du GATT de 1994

6.4. S'agissant des constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'article XX j) du GATT de 1994, nous considérons que, pour évaluer si se fait sentir pour des produits "une pénurie générale ou locale" au sens de l'article XX j), un groupe spécial devrait examiner la mesure dans laquelle un produit particulier est "disponible" à l'achat dans une zone géographique ou sur un marché particulier, et si cela est suffisant pour répondre à la demande dans la zone ou sur le marché pertinent. Cette analyse peut, dans les cas appropriés, prendre en compte non seulement le niveau de production nationale d'un produit particulier et la nature des produits pour lesquels il est allégué que se fait sentir une "pénurie générale ou locale", mais aussi des facteurs comme le produit et le marché géographique pertinents, les fluctuations potentielles des prix sur le marché pertinent, le pouvoir d'achat des consommateurs étrangers et nationaux, ainsi que le rôle joué par les producteurs étrangers et nationaux sur un marché particulier, y compris la mesure dans laquelle les producteurs nationaux vendent leur production à l'étranger. Il faudrait dûment tenir compte de la quantité totale des importations qui peut être "disponible" pour répondre à la demande dans une zone géographique ou sur un marché particulier. Il peut donc être pertinent d'examiner la mesure dans laquelle l'approvisionnement international d'un produit est stable et accessible, y compris en examinant des facteurs comme la distance entre une zone géographique ou un marché particulier et les sites de production, ainsi que la fiabilité des chaînes d'approvisionnement locales ou transnationales. La question de savoir si des facteurs sont pertinents et quels sont ces facteurs dépendra nécessairement des particularités de chaque affaire. De même qu'il peut y avoir des facteurs qui influent sur la "disponibilité" des importations dans un cas particulier, il est possible que, malgré l'existence d'une capacité de production, les produits nationaux ne soient pas "disponibles" dans toutes les parties d'un pays donné, ou ne soient pas "disponibles" en quantités suffisantes pour répondre à la demande. Dans tous les cas, la partie défenderesse a la charge de démontrer que la quantité de l'offre "disponible" en provenance de sources aussi bien nationales qu'internationales sur le marché géographique pertinent est insuffisante pour répondre à la demande.

- a. Nous sommes donc en désaccord avec l'Inde dans la mesure où elle fait valoir que l'existence d'une "pénurie" peut être déterminée sans tenir compte de la question de savoir si l'approvisionnement en provenance de toutes sources est suffisant pour répondre à la demande sur le marché pertinent.
- b. Nous rejetons l'allégation de l'Inde selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord. À notre avis, l'allégation de l'Inde au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord repose pour sa validité sur la lecture de l'article XX j) faite par l'Inde, et en particulier sur l'affirmation de ce pays selon laquelle l'existence d'une situation de "pénurie" au sens de l'article XX j) doit être déterminée exclusivement par référence à la question de savoir s'il y a une production nationale "suffisante" d'un produit donné. Le fait que l'Inde ne souscrit pas à la conclusion à laquelle le Groupe spécial est parvenu ne signifie pas que le Groupe spécial a commis une erreur équivalant à une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.
- c. Par conséquent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.265 de son rapport, selon laquelle les cellules et modules solaires ne sont pas des "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" en Inde au sens de l'article XX j) du GATT de 1994, ainsi que la constatation finale formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.2.b de son rapport, selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas justifiées au regard de l'article XX j) du GATT de 1994.

6.5. Ayant confirmé la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.265 de son rapport, selon laquelle les cellules et modules solaires ne sont pas des "produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale" en Inde, au sens de l'article XX j), nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner plus avant les allégations formulées par l'Inde en appel concernant "l'examen et l'analyse limités" par le Groupe spécial du point de savoir si les mesures PTEN de l'Inde sont "essentielles" à l'acquisition de cellules et modules solaires aux fins de l'article XX j). Nous ne jugeons pas non plus nécessaire d'examiner les arguments de l'Inde tels qu'ils se rapportent aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

6.3 Article XX d) du GATT de 1994

6.6. S'agissant des constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'article XX d) du GATT de 1994, nous considérons que, pour déterminer si une partie défenderesse a identifié une règle qui entre dans le champ de "lois et règlements" visés à l'article XX d) du GATT de 1994, un groupe spécial devrait évaluer et prendre dûment en considération toutes les caractéristiques du (des) instrument(s) pertinent(s) et devrait éviter de se concentrer exclusivement ou indûment sur une seule caractéristique. En particulier, il peut être pertinent pour un groupe spécial d'examiner, entre autres choses: i) le degré de normativité de l'instrument et la mesure dans laquelle l'instrument fonctionne pour énoncer une règle de conduite ou une ligne d'action qui doit être observée dans le système juridique intérieur d'un Membre; ii) le degré de spécificité de la règle pertinente; iii) si la règle a force exécutoire, y compris, par exemple, devant une juridiction; iv) si la règle a été adoptée ou reconnue par une autorité compétente disposant des pouvoirs nécessaires dans le système juridique intérieur d'un Membre; v) la forme et le titre donnés à tout instrument ou tous instruments contenant la règle dans le système juridique intérieur d'un Membre; et vi) les pénalités ou sanctions pouvant accompagner la règle pertinente. Point important, cette évaluation doit toujours être effectuée au cas par cas, en fonction des caractéristiques spécifiques et des particularités des instruments en cause, de la règle dont l'existence est alléguée, ainsi que du système juridique intérieur du Membre concerné.

- a. Nous constatons donc que l'Inde n'a pas démontré que les passages et dispositions des instruments nationaux qu'elle a indiqués, lorsqu'ils sont lus conjointement, énoncent la règle visant à "assurer une croissance écologiquement durable tout en résolvant le problème de la sécurité énergétique du pays et en assurant le respect de ses obligations dans le domaine du changement climatique", ainsi que l'Inde l'allègue.
- b. Nous constatons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que l'Inde n'avait pas démontré que les instruments internationaux qu'elle avait indiqués entraient dans le champ des "lois et règlements" visés à l'article XX d) dans le présent différend.
- c. Par conséquent, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.333 de son rapport, selon laquelle l'Inde n'a pas démontré que les mesures PTEN sont des mesures visant à "assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du [GATT de 1994]", et la constatation finale formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.2.b de son rapport, selon laquelle les mesures PTEN ne sont pas justifiées au regard de l'article XX d) du GATT de 1994.

6.7. Ayant confirmé la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.333 de son rapport, selon laquelle l'Inde n'a pas démontré que les mesures PTEN sont des mesures visant à "assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du [GATT de 1994]", nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner plus avant les allégations formulées par l'Inde en appel concernant "l'examen et l'analyse limités" par le Groupe spécial du point de savoir si les mesures PTEN sont "nécessaires" au sens de l'article XX d). Nous ne jugeons pas non plus nécessaire d'examiner les arguments de l'Inde tels qu'ils se rapportent aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

6.8. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande à l'Inde de rendre ses mesures, dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial modifié par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec l'Accord sur les MIC et le GATT de 1994, conformes à ses obligations au titre de ces accords.

Texte original signé à Genève le 22 août 2016 par:

Peter Van den Bossche
Président de la Section

Seung Wha Chang
Membre

Thomas Graham
Membre