



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

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

AB-2015-6

Rapport de l'Organe d'appel

Addendum

Le présent addendum contient les annexes A à D du rapport de l'Organe d'appel distribué sous la cote WT/DS381/AB/RW.

Les déclarations d'appel et d'un autre appel ainsi que les résumés analytiques des communications écrites figurant dans le présent addendum sont reproduits tels qu'ils ont été reçus des participants et des participants tiers. Leur contenu n'a pas été révisé ni édité par l'Organe d'appel, si ce n'est que, le cas échéant, les paragraphes et les notes de bas de page qui ne commençaient pas au numéro un dans l'original ont été renumérotés et le texte a été formaté pour être conforme au style de l'OMC. Les résumés analytiques ne remplacent pas les communications des participants et des participants tiers dans le cadre de l'examen de l'appel par l'Organe d'appel.

LISTE DES ANNEXES**ANNEXE A**

DÉCLARATIONS D'APPEL ET D'UN AUTRE APPEL

Table des matières		Page
Annexe A-1	Déclaration d'appel présentée par les États-Unis	A-2
Annexe A-2	Déclaration d'un autre appel présentée par le Mexique	A-5

ANNEXE B

ARGUMENTS DES PARTICIPANTS

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant qu'appellant	B-2
Annexe B-2	Résumé analytique de la communication du Mexique en tant qu'autre appelant	B-11
Annexe B-3	Résumé analytique de la communication du Mexique en tant qu'intimé	B-16
Annexe B-4	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant qu'intimé	B-23

ANNEXE C

ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication du Canada en tant que participant tiers	C-2
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant que participant tiers	C-3
Annexe C-3	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que participant tiers	C-6
Annexe C-4	Résumé analytique de la communication de la Nouvelle-Zélande en tant que participant tiers	C-7

ANNEXE D

DÉCISION PROCÉDURALE

Table des matières		Page
Annexe D	Décision procédurale du 21 juillet 2015 concernant la modification des dates de l'audience	D-2

ANNEXE A

DÉCLARATIONS D'APPEL ET D'UN AUTRE APPEL

Table des matières		Page
Annexe A-1	Déclaration d'appel présentée par les États-Unis	A-2
Annexe A-2	Déclaration d'un autre appel présentée par le Mexique	A-5

ANNEXE A-1

DÉCLARATION D'APPEL PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS*

1. Conformément à l'article 16 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémorandum d'accord") et à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, les États-Unis notifient par la présente leur décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon: Recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (WT/DS381/RW) ("rapport du Groupe spécial") et de certaines interprétations du droit données par le Groupe spécial.

2. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine les constatations et la conclusion du Groupe spécial selon lesquelles la mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* ("Accord OTC") parce qu'elle accorde un traitement moins favorable aux exportations mexicaines de thon et de produits du thon.¹ Cette conclusion est erronée et est fondée sur des constatations erronées concernant des questions de droit et des interprétations du droit, y compris:

- a) La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions de la mesure modifiée concernant la certification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique parce qu'elles imposent une charge moins lourde pour le thon et les produits du thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de seines coulissantes des eaux tropicales du Pacifique Est (ETP) que pour le thon et les produits du thon capturé dans cette pêcherie.²
- b) La constatation du Groupe spécial selon laquelle l'effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ne découle pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes parce que les prescriptions pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de seines coulissantes de l'ETP peuvent aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs.³
- c) La constatation du Groupe spécial selon laquelle l'effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ne découle pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes du fait de la conception des dispositions relatives aux déterminations.⁴
- d) La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions de la mesure modifiée concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon similaires du Mexique parce qu'elles imposent une charge moindre pour le thon et les produits du thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés

* La présente déclaration d'appel, datée du 5 juin 2015, a été distribuée aux Membres sous la cote WT/DS381/24.

¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.233, 7.263, 8.2 b) (pour ce qui est des prescriptions concernant la certification); *id.*, paragraphes 7.400, 8.2 c) (pour ce qui est des prescriptions concernant le repérage et la vérification).

² Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.162, 7.170, 7.178, 7.179, 7.454, 7.500, 8.2 b). Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fait erreur en droit en ce qui concerne cette constatation. Toutefois, dans la mesure où l'Organe d'appel estime que la question du sens de la législation nationale en l'occurrence est une question de fait, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en concluant que les prescriptions concernant la certification s'appliquaient à tous les thons et produits du thon.

³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.233, 7.234, 7.246, 7.598 à 7.602, 8.2 b).

⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.258 à 7.263, 7.283, 8.2 b).

de seines coulissantes de l'ETP que pour le thon et les produits du thon capturé dans cette pêcherie.⁵

- e) La constatation du Groupe spécial selon laquelle l'effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant le repérage et la vérification ne découle pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes.⁶

3. Les États-Unis demandent aussi que l'Organe d'appel examine les constatations et conclusions du Groupe spécial selon lesquelles la mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* des États-Unis est incompatible avec les articles I:1 et III:4 de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994")⁷ et, au cas où l'Organe d'appel n'infirmait pas la constatation du Groupe spécial concernant soit l'article I:1 soit l'article III:4, les États-Unis lui demandent alors d'examiner les constatations du Groupe spécial selon lesquelles la mesure modifiée n'est pas appliquée d'une manière compatible avec le texte introductif de l'article XX.⁸ Ces conclusions sont erronées et sont fondées sur des constatations erronées concernant des questions de droit et des interprétations du droit, y compris:

- a) La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions de la mesure modifiée concernant la certification sont incompatibles avec l'article I:1 du GATT de 1994 parce qu'elles prescrivent une surveillance par des observateurs pour les navires équipés de seines coulissantes dans l'ETP mais pas pour les navires dans les autres pêcheries.⁹
- b) La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions de la mesure modifiée concernant le repérage et la vérification sont incompatibles avec l'article I:1 du GATT de 1994 parce qu'elles imposent une charge moindre pour les navires à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de seines coulissantes de l'ETP que pour les navires dans cette pêcherie.¹⁰
- c) La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions de la mesure modifiée concernant la certification sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elles imposent une charge moins lourde pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de seines coulissantes de l'ETP que pour le thon capturé à l'intérieur de cette pêcherie.¹¹
- d) La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions de la mesure modifiée concernant le repérage et la vérification sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elles imposent une charge moins lourde pour le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de seines coulissantes de l'ETP que pour le thon capturé à l'intérieur de cette pêcherie.¹²
- e) La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions de la mesure modifiée concernant la certification imposent une "discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", d'une manière contraire au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, parce que les prescriptions visant le thon et les produits du thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires

⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.369 à 7.372, 7.382, 7.462, 7.463, 7.502, 8.2 c). Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fait erreur en droit en ce qui concerne cette constatation. Toutefois, dans la mesure où l'Organe d'appel estime que la question du sens de la législation nationale en l'occurrence est une question de fait, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en concluant que les prescriptions concernant le repérage et la vérification s'appliquaient à *tous* les thons et produits du thon.

⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.392, 7.395, 7.397 à 7.402, 8.2 c).

⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.455, 7.456, 7.500, 7.501, 7.504, 8.3 b) (pour ce qui est des prescriptions concernant la certification); *id.*, paragraphes 7.464, 7.465, 7.502 à 7.504, 8.3 c) (pour ce qui est des prescriptions concernant le repérage et la vérification).

⁸ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.603 à 7.605, 8.5 b) (pour ce qui est des prescriptions concernant la certification); *id.*, paragraphes 7.611, 8.5 c) (pour ce qui est des prescriptions concernant le repérage et la vérification).

⁹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.455, 7.456, 8.3 b).

¹⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.463 à 7.465, 8.3 c).

¹¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.500, 7.501, 8.3 b).

¹² Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.502, 7.503, 8.3 c).

équipés de seines coulissantes de l'ETP facilitent l'étiquetage *Dolphin Safe* incorrect du thon non-*Dolphin Safe*.¹³

- f) La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions de la mesure modifiée concernant la certification imposent une "discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", d'une manière contraire au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, du fait de la conception des dispositions relatives aux déterminations.¹⁴
- g) La constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions concernant le repérage et la vérification imposent une "discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", d'une manière contraire au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, parce qu'elles imposent une charge moindre pour le thon capturé ailleurs que dans la pêcherie des grands navires équipés de seines coulissantes de l'ETP.¹⁵

4. Les États-Unis demandent également à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord, en ce qui concerne ce qu'il est convenu d'appeler les "dispositions relatives aux déterminations".¹⁶ Le Groupe spécial a établi ses conclusions concernant ces dispositions sur la base de constatations de fait qui n'étaient pas fondées sur des éléments de preuve suffisants, sans évaluer la totalité des éléments de preuve et sans donner d'explication adéquate.¹⁷

5. Au cas où le Mexique ferait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure modifiée, y compris les trois éléments contestés, est provisoirement justifiée au regard de l'alinéa g) de l'article XX du GATT de 1994 et où l'Organe d'appel infirmerait la constatation en ce qui concerne l'un quelconque des trois éléments contestés, les États-Unis demandent que soit examinée l'application par le Groupe spécial du principe d'économie jurisprudentielle à l'égard de leur moyen de défense au titre de l'article XX b) du GATT de 1994.¹⁸ Les États-Unis estiment qu'il y a dans le dossier des faits suffisants pour permettre à l'Organe d'appel de compléter l'analyse de la mesure modifiée, y compris des trois éléments contestés, et de constater que la mesure est provisoirement justifiée au regard de l'article XX b).

¹³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.598 à 7.603, 7.605, 8.5 b).

¹⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.604, 7.605, 7.607, 8.5 b).

¹⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.610, 7.611, 8.5 c).

¹⁶ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.258 à 7.263, 7.604.

¹⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.258 à 7.263, 7.604.

¹⁸ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.543 à 7.545.

ANNEXE A-2**DÉCLARATION D'UN AUTRE APPEL PRÉSENTÉE PAR LE MEXIQUE***

1. Conformément aux articles 16:4 et 17 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (Mémorandum d'accord) et à la règle 23 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, les États-Unis du Mexique (Mexique) notifient par la présente leur décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit et interprétations du droit formulées par le Groupe spécial dans l'affaire *Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon (Recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends)* (WT/DS386/RW) (rapport du Groupe spécial).

2. Conformément aux règles 23 1) et 23 3) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, le Mexique dépose simultanément la présente déclaration d'un autre appel et sa communication d'autre appelant auprès du secrétariat de l'Organe d'appel.

3. La mesure en cause dans le présent différend est la mesure modifiée concernant le thon qui est constituée: i) de l'article 1385 ("Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins") (DPCIA), tel qu'il figure au sous-chapitre II ("Conservation et protection des mammifères marins") du chapitre 31 ("Protection des mammifères marins") du Titre 16 du U.S. Code; ii) du Code of Federal Regulations des États-Unis, Titre 50, Partie 216, sous-partie H ("Étiquetage *Dolphin Safe* du thon"), modifiée par le règlement final de 2013; et iii) de la décision judiciaire dans l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007).

4. Conformément à la règle 23 2) c) ii) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, la présente déclaration d'un autre appel comprend une liste indicative des paragraphes du rapport du Groupe spécial contenant les erreurs alléguées, sans préjudice de la capacité du Mexique de mentionner d'autres paragraphes du rapport du Groupe spécial dans le contexte du présent appel.

I. Le Groupe spécial a fait erreur en constatant et en concluant que des prescriptions spécifiques de la mesure modifiée concernant le thon, plutôt que la mesure dans son ensemble, étaient incompatibles avec des dispositions de l'OMC

5. Le Mexique demande à l'Organe d'appel d'examiner et de modifier les constatations et conclusions du Groupe spécial selon lesquelles seuls deux des trois éléments de la mesure modifiée concernant le thon sont incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) et les articles I:1 et III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994).

6. Bien que le Mexique souscrive à une partie du raisonnement et à certaines des constatations figurant dans son rapport, le Groupe spécial aurait dû conclure explicitement que la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble était incompatible avec ces dispositions au lieu de limiter sa décision à des éléments spécifiques.

7. Le Groupe spécial aurait dû conclure que la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble était incompatible avec les articles 2.1 de l'Accord OTC et I:1 et III:4 du GATT de 1994 et, dans le cas du GATT de 1994, que les incompatibilités n'étaient pas justifiables au regard de l'article XX. Ne pas l'avoir fait constitue une erreur de droit.¹

II. Le Groupe spécial a fait erreur dans ses constatations concernant les critères d'admissibilité des méthodes de pêche lorsqu'il a évalué la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec l'article 2.1 de l'Accord OTC

* Le présent document, daté du 10 juin 2015, a été distribué aux Membres sous la cote WT/DS381/25.

¹ Les erreurs de droit commises par le Groupe spécial figurent, entre autres, aux paragraphes 7.97 à 7.108, 7.179, 7.233, 7.246, 7.258, 7.259, 7.283, 7.382, 7.400, 7.428, 7.430, 7.442, 7.451, 7.455, 7.456, 7.464, 7.465, 7.492, 7.501, 7.503, 7.504, 7.541, 7.605, 7.607, 7.611, 8.2 b), 8.2 c), 8.3 b), 8.3 c), 8.5 b) et 8.5 c) de son rapport.

8. Le Mexique demande à l'Organe d'appel d'examiner et d'infirmier les constatations et la conclusion du Groupe spécial s'agissant des critères d'admissibilité des méthodes de pêche, formulées lors de l'évaluation de la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. La conclusion du Groupe spécial est erronée et est fondée sur des constatations erronées concernant des questions de droit et des interprétations du droit.²

9. En particulier, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Organe d'appel s'était déjà prononcé sur cette question. Il a également fait erreur en constatant que les critères d'admissibilité étaient appliqués d'une manière impartiale. Au lieu de cela, il aurait dû constater que les critères d'admissibilité manquaient d'impartialité et que, par conséquent, du fait des critères d'admissibilité, l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

10. Le Mexique demande aussi à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne les constatations de fait suivantes: i) en modifiant les constatations de fait concernant les effets nuisibles non observés de l'encerclement des dauphins qu'il avait établies dans la procédure initiale sans aucun élément de preuve nouveau étayant cette modification; ii) en constatant que les autres méthodes de pêche n'avaient pas d'effets nuisibles non observables et en omettant de prendre en considération les éléments de preuve contraires versés au dossier; et iii) en constatant que l'Organe d'appel avait constaté que l'encerclement des dauphins était particulièrement plus dommageable pour les dauphins que les autres méthodes de pêche alors qu'aucune constatation de ce type n'avait été formulée par l'Organe d'appel.³

11. Suite à ces erreurs, le Mexique demande que l'Organe d'appel modifie le raisonnement du Groupe spécial, infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle les critères d'admissibilité sont appliqués d'une manière impartiale et constate, au lieu de cela, que du fait des critères d'admissibilité, l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime et que, pour cette raison supplémentaire, la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1.

III. Le Groupe spécial a fait erreur dans ses constatations concernant les observateurs indépendants dans le cadre des prescriptions concernant la certification lorsqu'il a évalué la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec l'article 2.1 de l'Accord OTC

12. Le Mexique demande à l'Organe d'appel d'examiner et d'infirmier les constatations et conclusions du Groupe spécial, s'agissant des constatations relatives aux observateurs indépendants dans le cadre des prescriptions concernant la certification formulées lors de l'évaluation de la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Cette conclusion est erronée et est fondée sur des constatations erronées concernant des questions de droit et des interprétations du droit.⁴

13. En particulier, le Groupe spécial a fait erreur en ne constatant pas i) que pour ce qui est des certifications *Dolphin Safe*, les capitaines pouvaient dans certains cas être en situation de conflit d'intérêts économique, ce qui rendait leurs certifications moins fiables, et ii) que la justification des prescriptions différentes fournie par les États-Unis, à savoir que les circonstances dans les eaux tropicales du Pacifique Est (ETP) étaient uniques, était en fait contredite par les éléments de preuve indiquant que les thons étaient associés aux dauphins dans d'autres régions océaniques, en particulier dans l'océan Indien. Le Mexique demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des faits, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord, s'agissant de ces constatations.

14. Suite à ces erreurs, le Mexique demande que l'Organe d'appel modifie le raisonnement du Groupe spécial et constate, pour les raisons supplémentaires que l'encerclement des dauphins est

² Les erreurs de droit commises par le Groupe spécial figurent, entre autres, aux paragraphes 7.117 à 7.134 et 8.2 a) de son rapport.

³ Les erreurs de droit commises par le Groupe spécial figurent, entre autres, aux paragraphes 7.130, 7.135, 7.120, 7.130, 7.132, 7.134 et 7.135 de son rapport.

⁴ Les erreurs de droit commises par le Groupe spécial figurent, entre autres, aux paragraphes 7.208 à 7.211, 7.241, 7.242 et 7.595 à 7.597 de son rapport.

pratiqué à l'extérieur de l'ETP et que les autocertifications par les capitaines créent des lacunes dans la désignation *Dolphin Safe*, que les prescriptions concernant la certification ne sont pas appliquées d'une manière impartiale et, en conséquence, que l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, et que, pour cette raison supplémentaire, la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1.

IV. Le Groupe spécial a fait erreur dans ses constatations concernant les critères d'admissibilité lorsqu'il a évalué la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon au regard du texte introductif de l'article XX

15. Le Mexique demande à l'Organe d'appel d'examiner et d'infirmes les constatations et conclusions du Groupe spécial, s'agissant des constatations relatives aux critères d'admissibilité formulées lors de l'évaluation de la compatibilité de la mesure modifiée concernant le thon au regard du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Cette conclusion est erronée et est fondée sur ces constatations erronées concernant des questions de droit et des interprétations du droit.⁵

16. Suite à ces erreurs, le Mexique demande que l'Organe d'appel modifie le raisonnement du Groupe spécial et constate, pour cette raison supplémentaire, que les prescriptions en matière d'admissibilité démontrent que la mesure modifiée concernant le thon est appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent et, par conséquent, que les prescriptions du texte introductif ne sont pas respectées.

⁵ Les erreurs de droit commises par le Groupe spécial figurent, entre autres, aux paragraphes 7.545, 7.577, 7.581, 7.582, 7.584, 7.585 et 8.5 a) de son rapport.

ANNEXE B

ARGUMENTS DES PARTICIPANTS

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant qu'appellant	B-2
Annexe B-2	Résumé analytique de la communication du Mexique en tant qu'autre appellant	B-11
Annexe B-3	Résumé analytique de la communication du Mexique en tant qu'intimé	B-16
Annexe B-4	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant qu'intimé	B-23

ANNEXE B-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES ÉTATS-UNIS
EN TANT QU'APPELANT**

1. Dans le différend de base, l'Organe d'appel a constaté que la mesure des États-Unis en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Les États-Unis ont pris soigneusement note de la préoccupation identifiée par l'Organe d'appel et y ont répondu au moyen du Règlement final de 2013. Spécifiquement, l'Organe d'appel a constaté que la mesure initiale était incompatible avec l'article 2.1 parce que les produits du thon provenant de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP n'étaient pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe* si un dauphin avait été tué ou gravement blessé lors de l'opération au cours de laquelle le thon avait été capturé, mais que cette condition ne s'appliquait pas aux produits du thon provenant d'autres pêcheries.¹ En vertu de la mesure modifiée, cette condition s'applique à tous les produits du thon, quelle que soit la pêcherie dans laquelle le thon a été capturé.² Les États-Unis estiment donc que la mesure modifiée est compatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec les dispositions en matière de non-discrimination du GATT de 1994.

2. Toutefois, le Groupe spécial n'a pas été de cet avis, constatant que certains aspects de la mesure modifiée – à savoir les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification – étaient incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 et n'étaient pas justifiés au regard du texte introductif de l'article XX. Ainsi que cela est expliqué ci-après, les États-Unis estiment que ces constatations du Groupe spécial sont erronées et demandent que l'Organe d'appel infirme lesdites constatations et constate que la mesure modifiée est pleinement compatible avec les dispositions en matière de non-discrimination de l'Accord OTC et du GATT de 1994.

3. La section II de la présente communication énonce le contexte dans lequel la mesure des États-Unis doit être interprétée et évaluée. Elle explique que la capture des poissons est régie par de nombreuses institutions nationales et supranationales. L'une d'elles – l'AIDCP – a été établie, en réponse à la situation de crise sans précédent afférente à la mortalité des dauphins, spécifiquement pour recueillir des données sur les captures accessoires de dauphins liées à la pêche au thon et en réduire le nombre. Les prescriptions et programmes uniques que les parties à l'AIDCP ont imposés à leurs branches de production du thon reflètent cet objectif tout à fait particulier. Les prescriptions de l'AIDCP comprennent la présence obligatoire d'observateurs à bord des navires de pêche et un système de repérage et de vérification du thon. Aucun autre organisme de gestion de la pêche n'a été confronté à une situation semblable à celle qui existe dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP, et aucun autre organe n'a adopté des prescriptions semblables à celles de l'AIDCP.

4. Les sections III à VI exposent ensuite les appels des États-Unis concernant les constatations du Groupe spécial.

1. ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

5. Dans la section III de la présente communication, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure modifiée était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Les sous-sections A, B et C contiennent une présentation des arguments des États-Unis, résumant le critère juridique de l'article 2.1 et exposent la charge de la preuve applicable dans les procédures de règlement des différends de l'OMC. Les sous-sections D et E exposent les recommandations et décisions de l'ORD dans la procédure initiale ainsi que la mesure prise par les États-Unis pour se conformer, le Règlement final de 2013, qui a directement donné suite à ces recommandations et décisions.

¹ *États-Unis – Thon II (Mexique) (OA)*, paragraphes 289 à 292, 298.

² *Voir États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphe 7.142.

a. Le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant la certification étaient incompatibles avec l'article 2.1

6. Dans la section III.G, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions de la mesure modifiée concernant la certification accordaient aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits similaires des États-Unis et des autres Membres.

7. Dans la section III.G.3, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant la certification modifiaient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains. Ils estiment que les constatations du Groupe spécial sont erronées à trois égards. Si l'Organe d'appel devait formuler une constatation favorable aux États-Unis en ce qui concerne l'un quelconque de ces trois appels, il devrait en conséquence infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions concernant la certification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains. Cette infirmation impliquerait que la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions concernant la certification sont incompatibles avec l'article 2.1 devrait aussi être infirmée.³

8. Premièrement, ainsi qu'il est expliqué dans la section III.G.3.a, le Groupe spécial a fait erreur dans son attribution de la charge de la preuve. L'Organe d'appel a dit clairement que rien dans son analyse au titre de l'article 2.1 ne modifiait l'attribution traditionnelle de la charge de la preuve⁴ selon laquelle un plaignant devait fournir des éléments *prima facie* pour tous les éléments de ses allégations.⁵ En l'espèce, le Mexique faisait valoir que les prescriptions concernant la certification avaient un effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains en raison de différences dans l'*exactitude* des certifications pour le thon capturé à l'intérieur et le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP.⁶ Le Groupe spécial n'a formulé aucune "constatation définitive" sur cette question.⁷ Par contre, il a constaté l'existence d'un effet préjudiciable en se fondant sur une théorie entièrement différente, à savoir une différence dans les coûts afférents aux observateurs, que jamais le Mexique n'avait formulée ou étayée par des éléments de preuve. Le Groupe spécial a donc fait erreur en fournissant des éléments *prima facie* allégués pour le Mexique, et sa constatation de l'existence d'un effet préjudiciable était erronée.

9. Deuxièmement, ainsi qu'il est expliqué dans la section III.G.3.b, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que toute différence dans les coûts afférents aux observateurs modifiait les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains. Un groupe spécial ne peut pas supposer qu'une mesure accorde un traitement moins favorable simplement parce que le traitement accordé aux produits importés est *différent* de celui qui est accordé aux autres produits similaires.⁸ Et d'ailleurs, des groupes spéciaux antérieurs ont effectivement analysé la question de savoir si les conditions de concurrence sur le marché du défendeur avaient été modifiées au détriment du produit importé. L'analyse du Groupe spécial s'écartait beaucoup des indications données par l'Organe d'appel et de l'approche suivie par des groupes spéciaux antérieurs. Le Groupe spécial n'a ni identifié les coûts que les producteurs mexicains pouvaient supporter, ni analysé si ces coûts modifiaient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis. En revanche, son analyse portait des coûts potentiels, pour d'autres pays, de la mise en place d'un programme d'observation – qui constituaient un indicateur inexact. Le Groupe spécial n'a donc pas effectué une analyse sur laquelle il pouvait fonder une constatation selon laquelle les prescriptions concernant la certification modifiaient les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains. Par conséquent, sa constatation de l'existence d'un effet préjudiciable était erronée.

10. Troisièmement, ainsi qu'il est expliqué dans la section III.G.3.d, le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il existait une véritable relation entre la mesure modifiée et l'effet

³ États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphe 8.2 b).

⁴ États-Unis – Thon II (Mexique) (OA), paragraphe 216 (citant États-Unis – Chemises et blouses de laine (OA), page 14).

⁵ États-Unis – Jeux (OA), paragraphe 140.

⁶ États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphe 7.152.

⁷ États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphe 7.169.

⁸ Voir, par exemple, Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf (OA), paragraphes 141, 144.

préjudiciable. Tout d'abord, du fait que les produits du thon mexicains sont obtenus au moyen d'une méthode de pêche qui rend le produit inadmissible au bénéfice du label, le Groupe spécial a eu tort de conclure que toutes différences dans les coûts afférents aux observateurs supportés par le Mexique étaient "imputables" à la mesure modifiée. En fait, la mesure modifiée n'exige *pas du tout* que les produits du thon mexicains, qui sont des produits non-*Dolphin Safe*, soient accompagnés de la preuve d'un certificat établi par un observateur. Deuxièmement, même cela mis à part, toute différence dans les coûts afférents aux observateurs n'est pas "imputable" à la mesure modifiée, parce que la prescription imposant qu'il y ait un observateur à bord des grands navires mexicains équipés de sennes coulissantes dans l'ETP découle des obligations incombant au Mexique dans le cadre de l'AIDCP, et non de la législation des États-Unis. En fait, la mesure des États-Unis ne cause ni n'affecte en aucune manière les coûts afférents aux observateurs que supportent les différentes flottilles et branches de production. Par conséquent, le Groupe spécial a fait erreur en constatant l'existence d'une véritable relation entre la mesure des États-Unis et toutes différences préexistantes dans les coûts afférents aux observateurs.

11. Pour ces raisons, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions de la mesure modifiée concernant la certification avaient un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains, et les États-Unis demandent que cette constatation et la constatation d'incompatibilité avec l'article 2.1, qui repose sur cette constatation de l'existence d'un effet préjudiciable, soient infirmées.⁹

12. Dans la section III.G.4, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que toute incidence préjudiciable causée par les prescriptions concernant la certification ne découlait pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes. Ils font appel de deux aspects de l'analyse du Groupe spécial. Comme il apparaît que ces deux aspects constituent des fondements indépendants de la constatation du Groupe spécial relative à l'impartialité des prescriptions concernant la certification, si l'Organe d'appel devait se prononcer en faveur des États-Unis en ce qui concerne ces deux appels, il devrait en conséquence infirmer la constatation du Groupe spécial et, de ce fait, la constatation finale d'incompatibilité avec l'article 2.1 formulée par le Groupe spécial.¹⁰

13. Premièrement, dans la section III.G.4.a, les États-Unis expliquent que la majorité des membres du Groupe spécial a fait erreur en constatant que tout effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime en raison de différences de formation et d'apprentissage entre ceux qui certifiaient que le thon avait été capturé d'une manière "*Dolphin Safe*" dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP (capitaines et observateurs agréés par l'AIDCP) et ceux qui le certifiaient dans d'autres pêcheries (capitaines). Spécifiquement, la majorité a appliqué un critère juridique incorrect, en se demandant si le traitement préjudiciable était expliqué par les objectifs poursuivis par la mesure en cause, alors que la question qui se pose dans le cadre de la deuxième étape visée à l'article 2.1 est celle de savoir si les distinctions réglementaires qui expliquent cet effet préjudiciable "sont conçues et appliquées d'une manière impartiale".¹¹

14. En vertu de l'analyse juridique correcte, il y a deux raisons pour lesquelles tout effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification découle bien, en fait, exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Premièrement, les propres constatations de la majorité prouvent que les prescriptions concernant la certification sont impartiales en ce sens qu'elles sont "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan. Spécifiquement, les prescriptions reflètent le fait que, comme le Groupe spécial l'a constaté, la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP a un "profil de risque" différent de celui des autres pêcheries (plus grand) pour ce qui est des dommages causés aux dauphins, et les prescriptions concernant la certification sont adaptées en fonction de ce profil de risque différent. Deuxièmement, les prescriptions concernant la certification sont impartiales en ce sens qu'elles s'expliquent par une raison légitime non discriminatoire: elles reflètent le fait que les parties à l'AIDCP ont consenti à imposer un programme d'observation unique à leurs branches de production du thon. Le fait que la mesure modifiée exige un certificat d'un observateur dans le cas où un observateur se trouve déjà

⁹ Voir États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphes 7.170, 7.179, 8.2 b).

¹⁰ États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphe 8.2 b).

¹¹ États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada/Mexique) (OA), paragraphe 5.92; voir aussi États-Unis – Thon II (Mexique) (OA), note 461; États-Unis – EPO (OA), paragraphe 271.

à bord du navire *dans ce but même* et n'impose pas cette prescription dans le cas où il n'y a pas de certificateur à bord repose sur un fondement légitime, non discriminatoire, et la majorité a fait erreur en ne le constatant pas.

15. Deuxièmement, ainsi qu'il est expliqué dans la section III.G.4.b, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les dispositions relatives aux déterminations étaient un autre fondement permettant de constater que l'effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Premièrement, il a fait erreur dans son attribution de la charge de la preuve. Le Mexique n'a pas du tout soulevé cette question – et a encore moins établi *prima facie* l'existence d'une incompatibilité – et le Groupe spécial a fait erreur en le libérant de la charge qui lui incombait. Deuxièmement, le Groupe spécial a fait erreur dans son raisonnement et sa constatation en effectuant l'analyse juridique incorrecte et en agissant d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord. Spécifiquement, il a fait erreur en n'analysant pas la question de savoir si les dispositions relatives aux déterminations étaient une constatation selon laquelle les prescriptions concernant la certification "[étaient] conçues et appliquées" d'une manière impartiale, et il a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 en formulant une constatation qui n'était pas étayée par les éléments de preuve versés au dossier. Il a également fait erreur en effectuant l'analyse juridique incorrecte et en ne constatant pas que les dispositions relatives aux déterminations pouvaient être conciliées avec les objectifs de la mesure modifiée.

16. Eu égard à ce qui précède, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que tout effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ne découlait pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes et les États-Unis demandent que l'Organe d'appel infirme cette constatation ainsi que la constatation d'infraction à l'article 2.1, qui repose sur cette constatation de l'existence d'un effet préjudiciable.¹²

b. Le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant le repérage et la vérification étaient incompatibles avec l'article 2.1

17. Dans la section III.H, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions de la mesure modifiée concernant le repérage et la vérification accordaient aux produits du thon mexicains un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits similaires des États-Unis et d'autres Membres.

18. Dans la section III.H.3, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant le repérage et la vérification modifiaient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains. Ils font appel de l'analyse du Groupe spécial à quatre égards. Si l'Organe d'appel devait se prononcer en faveur des États-Unis en ce qui concerne l'un quelconque de ces quatre appels, il devrait, en conséquence, infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions concernant le repérage et la vérification modifient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains. Cette infirmation impliquerait que la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions sont incompatibles avec l'article 2.1 devrait aussi être infirmée.¹³

19. Premièrement, dans la section III.H.3.a, il est expliqué que, pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées dans la section III.G.3.a, le Groupe spécial a fait erreur dans son attribution de la charge de la preuve. Sur ce point, le Mexique avait fait valoir que l'absence de prescriptions suffisantes concernant l'enregistrement des données pour les produits du thon pêché à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP faisaient perdre des possibilités de concurrence aux produits du thon mexicains par rapport à des produits qui pouvaient être étiquetés *Dolphin Safe* de façon incorrecte.¹⁴ Le Groupe spécial n'a pas formulé de "constatation définitive" concernant cet argument.¹⁵ Par contre, il a constaté qu'un effet

¹² Voir *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphes 7.233 et 7.234, 7.263, 8.2 b).

¹³ *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphe 8.2 c).

¹⁴ *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphe 7.288.

¹⁵ *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphe 7.382; voir aussi *id.*, paragraphe 7.372.

préjudiciable existait en se fondant sur une théorie *différente*, à savoir que les prescriptions concernant le repérage et la vérification imposaient aux différentes branches de production des produits du thon des "charges" différentes qui avaient modifié les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains. Jamais le Mexique n'avait avancé cet argument ni présenté des éléments de preuve l'étayant et, par conséquent, jamais il n'avait établi d'éléments *prima facie*. Il aurait fallu s'arrêter là car un groupe spécial ne peut pas prendre l'initiative de "plaider la cause de la partie plaignante".¹⁶ En avançant d'office un argument que le Mexique n'avait jamais présenté ni prouvé, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec la charge de la preuve dans la présente procédure. Sa constatation de l'existence d'un effet préjudiciable était donc erronée.

20. Deuxièmement, ainsi qu'il est expliqué dans la section III.H.3.b, le Groupe spécial a fait erreur en arrivant à une constatation qui était juridiquement indéfendable sur la base des éléments de preuve versés au dossier. Il a constaté que les systèmes de repérage et de vérification de l'AIDCP et la NOAA étaient différents à trois égards: "la portée, ... l'exactitude et [le] degré de surveillance par les pouvoirs publics".¹⁷ Il a constaté qu'il s'avérait que ces différences "modifiaient] les conditions de concurrence," car le système de la NOAA était "moins astreignant". Jamais il n'a indiqué ce que cela signifiait ni fourni une quelconque analyse additionnelle de la manière dont cette différence de "charge" modifiait les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis, *assimilant* toute différence de "charge" à un effet préjudiciable. Les éléments de preuve concernant les différences qu'il a identifiées ne prouvent pas que le système de la NOAA soit moins "contraignant" à respecter que celui de l'AIDCP d'une quelconque manière qui modifie les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains. Par conséquent, le Groupe spécial a fait erreur en arrivant à une conclusion juridique sur la charge et l'effet préjudiciable pour laquelle il n'y avait pas de base dans le dossier.

21. Troisièmement, dans la section III.H.3.c, il est expliqué que, pour des raisons semblables à celles qui sont exposées dans la section III.G.3.b, le Groupe spécial a fait erreur en n'effectuant pas l'analyse juridique correcte pour formuler sa constatation de l'existence d'un effet préjudiciable. Le Groupe spécial a estimé que sa constatation de l'existence d'une différence de "charge" entre les systèmes de l'AIDCP et de la NOAA établissait *ipso facto* des éléments *prima facie* concernant la première étape visée à l'article 2.1. En réalité, un groupe spécial doit examiner si une quelconque différence qu'il a identifiée modifie les conditions de concurrence au détriment du groupe des produits importés. En ne le faisant pas, le Groupe spécial s'est beaucoup écarté des indications claires de l'Organe d'appel et de l'approche effective suivie par des groupes spéciaux antérieurs. La constatation de l'existence d'un effet préjudiciable formulée par le Groupe spécial était erronée.

22. Quatrièmement, dans la section III.H.3.e, il est expliqué que, pour les raisons exposées dans la section III.G.3.d, le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il existait une véritable relation entre la mesure des États-Unis et tout effet préjudiciable. Comme pour les prescriptions concernant la certification, la constatation du Groupe spécial est erronée pour deux raisons différentes. Premièrement, le Groupe spécial a fait erreur en ne tenant pas compte du fait que les produits du thon mexicains *n'étaient pas admissibles au bénéfice du label Dolphin Safe*. De ce fait, la mesure modifiée n'incorpore pas les prescriptions de l'AIDCP ni ne crée une quelconque distinction réglementaire concernant les produits du thon mexicains. Deuxièmement, le Groupe spécial n'a pas dûment tenu compte du fait que la distinction réglementaire établie par la mesure modifiée reflétait le fait que les parties à l'AIDCP avaient accepté des règles régissant les activités de leurs grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP qui n'étaient pas reprises dans d'autres pêcheries. De fait, si les États-Unis éliminaient toutes les références à l'AIDCP dans la mesure modifiée, la différence de "charge" identifiée par le Groupe spécial *existerait toujours*.

23. Pour ces raisons, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions de la mesure modifiée concernant le repérage et la vérification avaient un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains, et les États-Unis demandent que cette constatation et la constatation connexe d'incompatibilité avec l'article 2.1 soient infirmées.¹⁸

¹⁶ Japon – Produits agricoles II (OA), paragraphe 129.

¹⁷ États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphe 7.354 (italique omis).

¹⁸ Voir États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphes 7.372, 7.382, 8.2 c).

24. Dans la section III.H.4, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que tout effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant le repérage et la vérification ne découlait pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes. Le Groupe spécial a fait erreur en appliquant le critère juridique incorrect dans son analyse. La deuxième étape de l'analyse au titre de l'article 2.1 est non pas un critère du facteur unique fondé sur la question de savoir s'il existe un "lien rationnel" entre l'effet préjudiciable et les objectifs de la mesure, mais une analyse du point de savoir si les distinctions réglementaires qui expliquent l'effet préjudiciable "sont conçues et appliquées d'une manière impartiale".¹⁹

25. Si l'Organe d'appel devait formuler une constatation favorable aux États-Unis en ce qui concerne cet appel, il devrait en conséquence infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'effet préjudiciable ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Cette infirmation impliquerait que la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions concernant le repérage et la vérification ne sont pas compatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC devrait être infirmée.²⁰

26. Dans les sections III.H.4.a et III.H.4.b, les États-Unis expliquent les deux raisons distinctes pour lesquelles tout effet préjudiciable causé par les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

27. Premièrement, comme c'était le cas pour les prescriptions concernant la certification, les prescriptions concernant le repérage et la vérification sont impartiales parce qu'elles sont "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries. Le Groupe spécial a *souscrit* à l'avis des États-Unis selon lequel la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP a un "profil de risque" différent de celui des autres pêcheries pour ce qui est des dommages causés aux dauphins. À la lumière de ce fait, il est entièrement approprié pour les États-Unis d'établir des prescriptions différentes pour le thon pêché dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et pour le thon pêché dans d'autres pêcheries. Le fait que les systèmes de l'AIDCP et de la NOAA *sont* différents – et *peuvent* présenter des taux d'exactitude différents – ne peut donc pas, pris isolément, être une base permettant de constater que la différence entre les systèmes n'est pas impartiale alors que les profils de risque diffèrent autant entre la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et toutes les autres pêcheries.

28. Deuxièmement, ainsi qu'il est expliqué dans la section III.H.3.e pour les prescriptions concernant la certification, les prescriptions concernant le repérage et la vérification sont impartiales parce qu'elles reflètent le fait que les parties à l'AIDCP ont consenti à imposer un système unique de repérage et de vérification à leurs propres branches de production du thon. En "incorporant" les prescriptions de l'AIDCP, la mesure modifiée reconnaît à juste titre l'utilité du système de l'AIDCP aux fins de la mesure modifiée. Par contre, l'analyse du Groupe spécial donne à penser qu'ayant fait cela, les États-Unis sont maintenant tenus d'imposer le *même* système pour tous les produits du thon, même si aucune autre ORGP n'a établi de système analogue. En résumé, les prescriptions de l'AIDCP forment le "niveau minimum" des prescriptions en deçà duquel les États-Unis ne peuvent pas aller. Mais cela n'est assurément pas vrai – les États-Unis, et les obligations juridiques internationales du Mexique, établissent le niveau de protection qu'ils jugent "approprié".

29. Eu égard à ce qui précède, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que tout effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant le repérage et la vérification ne découlait pas exclusivement de distinctions réglementaires légitimes, et les États-Unis demandent que l'Organe d'appel infirme cette constatation et la constatation connexe d'infraction à l'article 2.1.²¹

30. Et pour toutes les raisons qui précèdent, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure modifiée est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.²²

¹⁹ *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada/Mexique) (OA)*, paragraphe 5.92; *États-Unis – EPO (OA)*, paragraphe 271.

²⁰ *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphe 8.2 c).

²¹ *Voir États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphes 7.392, 7.400, 8.2 c).

²² *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphe 8.2 b) et c).

2. GATT de 1994

31. Dans les sections IV et V de la présente communication, les États-Unis expliquent que, pour toutes les raisons exposées dans les sections III.G.3 et III.H.3 s'agissant de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification modifiaient les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains. En conséquence, ils demandent à l'Organe d'appel d'infirmier les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les prescriptions de la mesure modifiée concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification sont incompatibles avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.²³

32. Dans la section VI, les États-Unis exposent leur appel conditionnel concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure modifiée en matière d'étiquetage *Dolphin Safe* n'est pas justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994.

33. Dans la section VI.B, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure modifiée ne satisfaisait pas aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Ils estiment que, s'agissant tant des prescriptions concernant la certification que des prescriptions concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial a fait erreur à deux égards indépendants – en constatant que ces éléments de la mesure modifiée établissaient une discrimination au titre du texte introductif et en constatant qu'une telle discrimination était "arbitraire et injustifiable". Si l'Organe d'appel devait se prononcer en faveur des États-Unis en ce qui concerne l'un de ces appels, il devrait en conséquence infirmier la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions concernant la certification ou les prescriptions concernant le repérage et la vérification, selon le cas, ne sont pas compatibles avec le texte introductif de l'article XX.²⁴

34. Dans la section VI.B.1, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en effectuant l'analyse juridique incorrecte pour examiner si les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification "établi[ss]aient une discrimination" aux fins du texte introductif. Il est bien établi qu'"il y [a] [discrimination au sens du texte introductif de l'article XX] ... lorsque les pays où les mêmes conditions exist[ent] [sont] traités de manière différente".²⁵ Cependant, l'analyse du Groupe spécial s'est écartée considérablement de ce principe et de son application par l'Organe d'appel. Spécifiquement, s'agissant tant des prescriptions concernant la certification que des prescriptions concernant le repérage et la vérification, le Groupe spécial n'a pas procédé à l'analyse appropriée de la question de savoir si les "conditions" pertinentes étaient les mêmes dans l'ensemble des pays et il n'apparaît pas qu'il ait estimé que l'examen du point de savoir s'il *existait* une discrimination au titre du texte introductif constituait une analyse distincte de celle du point de savoir si cette discrimination était "arbitraire ou injustifiable".

35. Dans la section VI.B.1.a, il est expliqué que le Groupe spécial a effectué l'analyse juridique incorrecte lorsqu'il a examiné si les prescriptions concernant la certification établissaient une discrimination aux fins du texte introductif. L'Organe d'appel a estimé que l'indicateur le plus pertinent pour la détermination des "conditions" pertinentes était l'"objectif de politique générale particulier visé à l'alinéa applicable", même si la disposition du GATT de 1994 avec laquelle la mesure avait été jugée incompatible "[pouvait] aussi fournir des indications utiles".²⁶ Les prescriptions concernant la certification étaient justifiées au regard de l'article XX g) car elles se rapportaient à la protection des dauphins. Eu égard à cet objectif, la "condition" pertinente aux fins de l'analyse au titre du texte introductif est *le dommage relatif* (à la fois observé et non observé) causé aux dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries. Et les constatations formulées par l'Organe d'appel dans la procédure initiale et par le Groupe spécial dans le présent différend confirment que cette "condition" *n'est pas* la même dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et dans toutes les autres pêcheries. De ce

²³ Voir *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphes 8.3 b), 8.3 c).

²⁴ *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphe 8.5 b) et c).

²⁵ *CE – Produits dérivés du phoque (OA)*, paragraphe 5.303 (citant le rapport *États-Unis – Crevettes (OA)*, paragraphe 165).

²⁶ *CE – Produits dérivés du phoque (OA)*, paragraphe 5.300; voir aussi *id.* paragraphe 5.317.

fait, il n'existe aucune "discrimination" – selon l'interprétation de ce terme aux fins du texte introductif – pour ce qui est des prescriptions concernant la certification.

36. En outre, le Groupe spécial a fait erreur en semblant constater que les prescriptions concernant la certification établissaient une discrimination au titre du texte introductif en raison d'une différence quelconque dans l'exactitude des certifications *Dolphin Safe* entre le thon capturé à l'intérieur et le thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Il n'a pas formulé de "constatation définitive" sur le point de savoir si une différence quelconque dans l'exactitude établissait une discrimination à l'encontre des produits du thon mexicains aux fins des articles I:1 et III:4, notant dans son analyse au titre de l'article 2.1 qu'il aurait fallu pour ce faire "une analyse complexe et détaillée de tous les divers facteurs qui [pouvaient] aboutir à un étiquetage inexact du thon".²⁷ Par conséquent, même selon le propre point de vue du Groupe spécial, les éléments de preuve versés au dossier étaient insuffisants pour prouver que les prescriptions concernant la certification établissaient une discrimination au motif que les produits du thon pêché à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP sans observateur à bord avaient un "avantage compétitif" sur les produits du thon mexicains. En fait, comme cela est exposé plus haut dans la section III.G.3.c, les éléments de preuve versés au dossier indiquent exactement le contraire. La nature différente, sur les plans quantitatif et qualitatif, des interactions avec les dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP est telle qu'il est beaucoup plus difficile de faire une certification exacte dans cette pêcherie que dans les autres pêcheries. Et il n'y a pas d'élément de preuve dans le dossier qui indique que les avantages en matière de formation et d'apprentissage, quels qu'ils soient, qu'un observateur agréé par l'AIDCP pourrait avoir sur un capitaine compensent entièrement ce niveau de difficulté accru.

37. Dans la section VI.B.1.b, il est ensuite expliqué que le Groupe spécial a effectué l'analyse juridique incorrecte lorsqu'il a examiné si les prescriptions concernant le repérage et la vérification établissaient une discrimination aux fins du texte introductif. Le Groupe spécial n'a même pas mentionné l'analyse du point de savoir si cet aspect de la mesure établissait une discrimination entre des pays où "les mêmes conditions exist[aient]" ni formulé de constatation à cet égard. Pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées pour les prescriptions concernant la certification, les prescriptions concernant le repérage et la vérification n'établissent pas de discrimination aux fins du texte introductif. Là encore, les États-Unis estiment que la "condition" pertinente est *le dommage relatif* causé aux dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries et, de ce fait, eu égard aux propres constatations de fait du Groupe spécial, les prescriptions concernant le repérage et la vérification ne traitent pas différemment des pays où les conditions existantes sont les mêmes.

38. Eu égard à ce qui précède, le Groupe spécial a fait erreur en constatant (implicitement) que les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification établissaient une discrimination entre des pays "où les mêmes conditions exist[aient]," au titre du texte introductif de l'article XX.²⁸ En l'absence de toute discrimination au titre du texte introductif, les constatations du Groupe spécial selon lesquelles la mesure modifiée n'est pas compatible avec le texte introductif de l'article XX devraient être infirmées.²⁹

39. Deuxièmement, dans la section VI.B.2, les États-Unis expliquent que, même si les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification établissent une discrimination aux fins du texte introductif, le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'une telle discrimination était "arbitraire et injustifiable".

40. Dans la section VI.B.2.a, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant la certification imposaient une "discrimination arbitraire ou injustifiable" au titre du texte introductif. Ils font appel de deux aspects de l'analyse du Groupe spécial. Parce qu'il apparaît que ces deux aspects constituent des fondements indépendants pour la constatation du Groupe spécial relative à la discrimination arbitraire et injustifiable, si l'Organe d'appel devait se prononcer en faveur des États-Unis en ce qui concerne ces deux appels, il devrait infirmer la constatation du Groupe spécial et, de ce fait, la constatation

²⁷ Voir *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphe 7.169.

²⁸ Voir *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphes 7.605, 7.610 et 7.611.

²⁹ *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial)*, paragraphe 8.5 b) et c).

finale du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions concernant la certification ne satisfont pas aux prescriptions du texte introductif.³⁰

41. Premièrement, la majorité des membres a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant la certification imposaient une discrimination arbitraire ou injustifiable compte tenu des différences dans la formation et l'apprentissage entre les capitaines et les observateurs agréés par l'AIDCP. Tout d'abord, le Groupe spécial a effectué la mauvaise analyse juridique sur le point de savoir si la discrimination était "arbitraire ou injustifiable". En outre, la majorité des membres a fait erreur parce qu'en réalité, les prescriptions concernant la certification n'imposent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable vu qu'elles sont "adaptées en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries". Enfin, les prescriptions concernant la certification reflètent le fait que les parties à l'AIDCP ont consenti à imposer un programme d'observation unique à leurs branches de production du thon.

42. Deuxièmement, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les dispositions relatives aux déterminations prouvaient que les prescriptions concernant la certification imposaient une discrimination arbitraire ou injustifiable. Il a effectué de nouveau l'analyse juridique erronée, considérant qu'il s'agissait d'un critère du facteur unique et non d'un critère cumulatif dont un élément était la relation entre la discrimination et l'objectif de la mesure. De plus, il a fait erreur en constatant que la conception des dispositions n'était pas conciliable avec l'objectif de protection des dauphins. Il a également fait erreur parce qu'il a indûment avancé cet argument pour réfuter les éléments *prima facie* des États-Unis établissant que les prescriptions concernant la certification étaient compatibles avec le texte introductif. Le Mexique n'avait pas fait valoir que les dispositions relatives aux déterminations rendaient les prescriptions concernant la certification incompatibles avec le texte introductif. Donc, le simple fait que le Groupe spécial avait examiné les dispositions relatives aux déterminations était contraire à la charge de la preuve dans la présente procédure. Par ailleurs, pour les raisons exposées dans le contexte de l'article 2.1, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la conception des dispositions relatives aux déterminations n'avait pas de lien rationnel avec l'objectif de protection des dauphins.

43. Dans la section VI.B.2.b, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant le repérage et la vérification imposaient une "discrimination arbitraire ou injustifiable" au titre du texte introductif. Ils estiment que l'analyse et la constatation du Groupe spécial sont erronées pour bon nombre des raisons qu'ils ont déjà exposées pour les prescriptions concernant la certification: 1) le Groupe spécial a effectué l'analyse juridique incorrecte; 2) le Groupe spécial a fait erreur dans son application de la charge de la preuve; 3) le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant le repérage et la vérification imposaient une discrimination arbitraire ou injustifiable parce que les prescriptions différentes étaient "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries; et 4) le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant le repérage et la vérification imposaient une discrimination arbitraire ou injustifiable parce que les prescriptions différentes reflétaient le fait que les parties à l'AIDCP avaient consenti à imposer un système unique à leurs propres branches de production du thon.

44. Eu égard à ce qui précède, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les prescriptions concernant la certification et les prescriptions concernant le repérage et la vérification imposaient une "discrimination arbitraire ou injustifiable" au titre du texte introductif de l'article XX³¹, et les États-Unis demandent que les constatations du Groupe spécial selon lesquelles la mesure modifiée n'est pas compatible avec le texte introductif de l'article XX soient infirmées.³²

³⁰ États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphe 8.5 b).

³¹ Voir États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphes 7.605, 7.610 et 7.611.

³² États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphe 8.5 b) et c).

ANNEXE B-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU MEXIQUE
EN TANT QU'AUTRE APPELANT**

1. Les États-Unis continuent de mettre en avant des renseignements périmés au sujet de l'ETP pour détourner l'attention des progrès considérables réalisés en matière de réduction de la mortalité des dauphins dans l'ETP et des dommages énormes causés aux dauphins dans d'autres régions océaniques, où il n'existe pas de mesures comparables pour la protection ou la viabilité des dauphins. C'est pour l'environnement mondial une véritable tragédie, et cela sape également les objectifs d'information des consommateurs que les États-Unis prétendent atteindre.

2. Dans la présente procédure de mise en conformité, la contestation du Mexique est centrée sur l'octroi inapproprié de l'accès au label *Dolphin Safe* à des produits contenant du thon capturé par les flottilles d'autres pays utilisant des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins conforme à l'AIDCP et pêchant dans des océans autres que l'ETP. La présente procédure peut être distinguée de la procédure initiale sur cette base. La différence est mise en lumière par le fait que, dans le cadre de la mesure modifiée concernant le thon, même si le droit d'utiliser le label *Dolphin Safe* était accordé aux produits du thon mexicains, il y aurait toujours violation des dispositions relatives à la non-discrimination invoquées en l'espèce. La raison en est que les produits du thon *Dolphin Safe* mexicains perdraient des possibilités de concurrence par rapport aux produits similaires des États-Unis et d'autres pays dans les cas où le statut *Dolphin Safe* de ces produits similaires ne peut pas être garanti.

3. La mesure en cause dans le présent différend est la "mesure modifiée concernant le thon" qui est constituée: i) de l'article 1385 ("Loi visant à informer les consommateurs sur la protection des dauphins") (DPCIA), tel qu'il figure au sous-chapitre II ("Conservation et protection des mammifères marins") du chapitre 31 ("Protection des mammifères marins") du Titre 16 du U.S. Code; ii) du Code of Federal Regulations des États-Unis, Titre 50, Partie 216, sous-partie H ("Étiquetage *Dolphin Safe* du thon"), modifiée par le règlement final de 2013; et iii) de la décision judiciaire dans l'affaire *Earth Island Institute c. Hogarth*, 494 F.3d 757 (9th Cir. 2007).

4. Dans son argument selon lequel l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon sur le thon et les produits du thon mexicains ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Mexique a identifié trois aspects de la mesure modifiée concernant le thon – à savoir trois "conditions et prescriptions en matière d'étiquetage" qui attestent les différences sur le plan de la réglementation entre les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part – qui sont conçus et appliqués d'une manière qui manque d'impartialité:

- la méthode de pêche conforme à l'AIDCP du Mexique est exclue comme méthode de capture du thon *Dolphin Safe*, alors que d'autres méthodes de pêche sont admises pour la capture du thon *Dolphin Safe* même si elles ont des effets nuisibles sur les dauphins qui égalent ou dépassent ceux de la méthode du Mexique (ce que le Groupe spécial appelle les "critères d'admissibilité");
- les prescriptions concernant l'enregistrement des données et la vérification (que le Groupe spécial appelle les "prescriptions concernant le repérage et la vérification") pour le thon capturé à l'intérieur de l'ETP sont détaillées, fiables et précises, alors qu'il n'y a pas de prescriptions comparables pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP, ce qui fait que les renseignements sur le statut *Dolphin Safe* de ce thon sont peu fiables et inexacts; et
- dans l'ETP, la désignation initiale du statut *Dolphin Safe* du thon au moment de la capture (ce que le Groupe spécial appelle les "prescriptions concernant la certification") est fiable et exacte parce qu'elle est établie à bord du navire de pêche par un observateur indépendant, spécialement formé, agréé par l'AIDCP, alors qu'à l'extérieur de l'ETP, la désignation initiale est peu fiable et inexacte parce qu'elle est établie par le

capitaine du navire, qui n'est pas qualifié pour l'établir, ne participe peut-être pas directement à la pose des filets et à la capture du poisson et est incité, d'un point de vue financier et autre, à ne pas déclarer les opérations non-*Dolphin Safe*.

5. Le Mexique a invoqué ces trois mêmes conditions et prescriptions en matière d'étiquetage dans son argument selon lequel il n'avait pas été satisfait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 et, par conséquent, les exceptions générales ne s'appliquaient pas aux incompatibilités de la mesure modifiée concernant le thon avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

6. Le Groupe spécial a conclu que les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification établies par la mesure modifiée concernant le thon étaient incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Il a conclu aussi que les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification étaient incompatibles avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 et ne satisfaisaient pas aux prescriptions de l'article XX du GATT de 1994. Il a constaté aussi que les critères d'admissibilité de la mesure modifiée concernant le thon étaient compatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et que, même s'ils étaient incompatibles avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, ils étaient justifiables au regard de l'article XX du GATT de 1994.

7. Le Mexique demande à l'Organe d'appel d'infirmier certaines constatations et conclusions du Groupe spécial, eu égard aux erreurs de droit et d'interprétation du droit exposées dans la présente communication.

I. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT ET EN CONCLUANT QUE DES PRESCRIPTIONS SPÉCIFIQUES DE LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON, PLUTÔT QUE LA MESURE DANS SON ENSEMBLE, ÉTAIENT INCOMPATIBLES AVEC DES DISPOSITIONS DE L'OMC

8. Nonobstant le fait que le Mexique contestait la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble et que, dans la procédure initiale, l'Organe d'appel avait constaté que la mesure initiale concernant le thon dans son ensemble était incompatible avec les règles de l'OMC, le Groupe spécial n'a pas conclu spécifiquement que la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994. Par contre, il a conclu que deux des trois éléments que le Mexique avait identifiés dans ses arguments étaient incompatibles avec les règles de l'OMC, tout en alléguant que l'Organe d'appel avait prétendument déjà constaté dans la procédure initiale que l'autre élément était impartial et n'était pas incompatible avec les règles de l'OMC.¹ Bien que le Mexique souscrive à une partie du raisonnement et à certaines des constatations figurant dans son rapport, le Groupe spécial aurait dû conclure explicitement que la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble était incompatible avec ces dispositions au lieu de se prononcer sur certains de ses éléments. L'erreur du Groupe spécial transparait, en partie, dans sa constatation selon laquelle la modification par la mesure modifiée concernant le thon des possibilités de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment du thon et des produits du thon mexicains est constituée de deux "type[s] distinct[s] d'effet préjudiciable", de sorte que "les arguments du Mexique sur les prescriptions différentes concernant la certification [ainsi que] le repérage [et la vérification] constituent une allégation claire et recevable relative à un effet préjudiciable *distinct* de l'effet préjudiciable identifié par le Mexique comme résultant des critères d'admissibilité".² Dans son analyse, le Groupe spécial confond l'"effet préjudiciable" de la mesure modifiée concernant le thon qui fait l'objet de la première partie du critère prévu à l'article 2.1 et l'identification de la distinction réglementaire "pertinente" visée dans la deuxième partie du critère, c'est-à-dire la distinction réglementaire qui explique l'effet préjudiciable.³ Il aurait dû constater explicitement que la mesure modifiée concernant le thon avait un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits du thon mexicains sur le marché des États-Unis et que les différences dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage identifiées par le Mexique démontraient que la distinction réglementaire pertinente établie par la mesure était conçue et appliquée d'une manière qui manquait d'impartialité, de sorte que l'effet préjudiciable ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Sur cette base, le Groupe spécial

¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphes 8.2, 8.3.

² Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.105.

³ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 286.

aurait dû conclure que la mesure modifiée concernant le thon était incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

9. De la même manière, le Groupe spécial aurait dû constater que la mesure modifiée concernant le thon était incompatible avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 et que les incompatibilités n'étaient pas justifiables au regard de l'article XX. Ne pas l'avoir fait constitue une erreur de droit. Suite à cette erreur, le Mexique demande à l'Organe d'appel de modifier les conclusions du Groupe spécial concernant l'article 2.1 de l'Accord OTC et les articles I:1, III:4 et XX du GATT de 1994 et de conclure que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec ces dispositions.

II. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR DANS SES CONSTATATIONS CONCERNANT LES CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ LORSQU'IL A ÉVALUÉ LA COMPATIBILITÉ DE LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON AVEC L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

10. Le Mexique a fait valoir qu'il n'était pas impartial de la part de la mesure modifiée concernant le thon d'exclure complètement la méthode de pêche par encerclement des dauphins de l'accès au label *Dolphin Safe* tout en permettant aux autres méthodes de pêche d'être admissibles, alors qu'il avait été établi que les autres méthodes de pêche tuaient ou blessaient gravement les dauphins. Dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, les critères d'admissibilité des méthodes de pêche sont pertinents pour ce qui est d'évaluer si l'effet préjudiciable sur le thon mexicain causé par la mesure modifiée concernant le thon découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Les critères d'admissibilité sont inclus dans la distinction réglementaire pertinente (c'est-à-dire la différence dans les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage). Le Groupe spécial devait déterminer, sur la base des circonstances particulières du présent différend, si cette distinction réglementaire était conçue et appliquée d'une manière impartiale.

11. Le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Organe d'appel avait antérieurement formulé des constatations factuelles et juridiques sur cette question.⁴ De plus, il a en fait appliqué le point de repère arbitraire relatif aux effets nuisibles sur les dauphins préconisé par les États-Unis, et non le point de repère correspondant à une "tolérance zéro" effectivement incorporé dans la mesure modifiée concernant le thon et ses objectifs. Il a en outre fait erreur en constatant que les critères d'admissibilité étaient appliqués d'une manière impartiale. Au lieu de cela, il aurait dû constater que les critères d'admissibilité manquaient d'impartialité et que, par conséquent, du fait des critères d'admissibilité, l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

12. Le Groupe spécial a aussi agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en ce qui concerne des constatations de fait suivantes: i) en modifiant les constatations de fait concernant les effets nuisibles non observés de l'encerclement des dauphins qu'il avait établies dans la procédure initiale sans aucun élément de preuve nouveau étayant cette modification; ii) en constatant que les autres méthodes de pêche n'avaient pas d'effets nuisibles non observables et en omettant de prendre en considération les éléments de preuve contraires versés au dossier; et iii) en constatant que l'Organe d'appel avait constaté que l'encerclement des dauphins était particulièrement plus dommageable pour les dauphins que les autres méthodes de pêche alors qu'aucune constatation de ce type n'avait été formulée par l'Organe d'appel. Une fois corrigées, ces constatations de fait étayaient la position du Mexique selon laquelle les critères d'admissibilité sont appliqués d'une manière qui n'est pas impartiale.

13. Suite à cette erreur, le Mexique demande que l'Organe d'appel modifie le raisonnement juridique du Groupe spécial, infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle les critères d'admissibilité sont appliqués d'une manière impartiale et constate au lieu de cela que, du fait du manque d'impartialité des critères d'admissibilité, l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime et que, pour cette raison supplémentaire, la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1.

⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphes 7.118 à 7.126, 7.130.

III. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR DANS SES CONSTATATIONS CONCERNANT LES OBSERVATEURS INDÉPENDANTS DANS LE CADRE DES PRESCRIPTIONS CONCERNANT LA CERTIFICATION LORSQU'IL A ÉVALUÉ LA COMPATIBILITÉ DE LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON AVEC L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

14. Lorsqu'il a évalué les arguments du Mexique selon lesquels il n'était pas impartial de la part de la mesure modifiée concernant le thon de ne pas exiger des observateurs indépendants pour étayer les certifications *Dolphin Safe* à l'extérieur de l'ETP, le Groupe spécial n'a pas souscrit aux arguments du Mexique selon lesquels i) pour ce qui est spécifiquement des certifications *Dolphin Safe*, les capitaines pouvaient dans certains cas être en situation de conflit d'intérêts économique, ce qui rendait leurs certifications moins fiables, et ii) la justification des prescriptions différentes fournie par les États-Unis, à savoir que les circonstances dans l'ETP étaient uniques, était en fait contredite par les éléments de preuve indiquant que les thons étaient associés aux dauphins dans d'autres régions océaniques, en particulier dans l'océan Indien.

15. Pour rejeter les éléments de preuve du Mexique concernant l'intérêt économique personnel des capitaines, le Groupe spécial a constaté que les certifications par les capitaines des navires étaient généralement fiables "dans divers domaines concernant la pêche et l'environnement".⁵ Ce faisant, il a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord. Bien que le Mexique ne suggère pas que les capitaines des navires de pêche sont généralement peu fiables, les éléments de preuve versés au dossier établissent que le manque intrinsèque de fiabilité des autocertifications des capitaines concernant spécifiquement le statut *Dolphin Safe* du thon capturé par leurs propres navires signifie que, dans certains cas, la désignation *Dolphin Safe* sera inexacte. Cela crée des failles dans l'exactitude du label *Dolphin Safe* pour le thon capturé à l'extérieur de l'ETP par des méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins conforme à l'AIDCP.

16. En constatant que l'encerclement des dauphins n'avait lieu que dans l'ETP, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord. Le Mexique a présenté des éléments de preuve indiquant que la situation dans l'ETP n'était pas unique ou différente d'une quelconque façon qui pourrait justifier que la pêche des navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP soit traitée différemment des autres pêcheries et, en particulier, a présenté un rapport récent et complet sur l'association entre les thons et les dauphins dans l'océan Indien. Le Groupe spécial a rejeté la position du Mexique, disant que "même si des dauphins [pouvaient] de façon occasionnelle et accessoire être encerclés à l'extérieur de l'ETP, c'[était] uniquement à l'intérieur de l'ETP que l'encerclement des dauphins [était] pratiqué d'une manière constante ou "systématique".⁶ Le fait que le Groupe spécial n'a même pas mentionné, encore moins examiné, les éléments de preuve communiqués par le Mexique indiquant que les dauphins s'étaient associés aux thons et étaient délibérément encerclés dans l'océan Indien était incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

17. Suite à cette erreur, le Mexique demande que l'Organe d'appel modifie le raisonnement du Groupe spécial et constate, pour les raisons supplémentaires que l'encerclement des dauphins est pratiqué à l'extérieur de l'ETP et que les autocertifications par les capitaines créent des lacunes dans la désignation *Dolphin Safe*, que les prescriptions concernant la certification ne sont pas appliquées d'une manière impartiale et, en conséquence, que l'effet préjudiciable de la mesure modifiée concernant le thon ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, et que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec l'article 2.1.

IV. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR DANS SES CONSTATATIONS CONCERNANT LES CRITÈRES D'ADMISSIBILITÉ LORSQU'IL A ÉVALUÉ LA COMPATIBILITÉ DE LA MESURE MODIFIÉE CONCERNANT LE THON AU REGARD DU TEXTE INTRODUCTIF DE L'ARTICLE XX

18. Le Groupe spécial a constaté que les critères d'admissibilité des méthodes de pêche prévus par la mesure modifiée concernant le thon (à savoir l'exclusion de l'encerclement des dauphins et l'admission des autres méthodes) étaient appliqués d'une manière qui satisfaisait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Pour formuler cette constatation, il a fait erreur lorsqu'il a constaté que les conditions existant dans les pays entre lesquels il y avait une discrimination arbitraire et injustifiable n'étaient pas les mêmes et il a fait erreur lorsqu'il a constaté que l'application de la mesure n'entraînait pas une discrimination arbitraire ou injustifiable. En

⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.208.

⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.242.

particulier, il a fait erreur lorsqu'il a constaté que les critères d'admissibilité étaient directement liés à l'objectif de la mesure modifiée et que toute discrimination qu'ils (les critères d'admissibilité) causaient était directement liée à l'objectif principal de la mesure modifiée concernant le thon (à savoir contribuer à la protection des dauphins).

19. Suite à cette erreur, le Mexique demande que l'Organe d'appel modifie le raisonnement du Groupe spécial et constate, pour la raison supplémentaire, que les prescriptions en matière d'admissibilité démontrent que la mesure modifiée concernant le thon est appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où des mêmes conditions existent, que la mesure modifiée concernant le thon ne satisfait pas aux prescriptions du texte introductif.

ANNEXE B-3

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU MEXIQUE EN TANT QU'INTIMÉ

1. Le fondement de l'appel des États-Unis est leur insistance à dire que la mesure modifiée concernant le thon est "adaptée" en fonction des risques de dommage présentés pour les dauphins à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes des eaux tropicales du Pacifique Est (ETP). Mais il a été établi – aussi bien dans la procédure initiale que dans la procédure de mise en conformité – que les dauphins couraient des risques importants dans les zones de pêche au thon à l'extérieur de l'ETP, à cause de diverses méthodes de pêche. En outre, les États-Unis ne contestent pas les constatations de fait du Groupe spécial selon lesquelles les capitaines de navires à l'extérieur de l'ETP n'ont pas suffisamment de formation pour établir des certifications *Dolphin Safe* fiables, et selon lesquelles la mesure modifiée concernant le thon n'exige pas des systèmes de repérage et de vérification à l'extérieur de l'ETP qui peuvent assurer de façon fiable qu'une certification correspond légitimement au thon auquel elle est associée. En substance, la position des États-Unis est donc que les consommateurs n'ont pas besoin de savoir avec certitude si les produits élaborés avec du thon capturé à l'extérieur de l'ETP portant le label *Dolphin Safe* contiennent effectivement du thon qui a été capturé sans tuer ou blesser gravement un dauphin, ou d'une manière qui n'a pas d'effets nuisibles sur les dauphins. Il n'y a aucune justification légitime, au niveau juridique ou politique, pour cette position. Les États-Unis doivent appliquer aux produits élaborés avec du thon capturé à l'extérieur de l'ETP le même critère que celui qu'ils appliquent aux produits élaborés avec du thon capturé dans l'ETP, y compris ceux en provenance du Mexique.

2. La méthode de pêche au thon conforme à l'AIDCP employée par le Mexique protège les dauphins, les stocks dans les zones de pêche au thon et l'environnement dans les océans beaucoup mieux que les autres méthodes de pêche au thon qui sont encouragées par la mesure modifiée concernant le thon. Néanmoins, le Mexique reconnaît les droits des Membres de l'OMC d'établir leurs propres niveaux de protection. Compte tenu de cela, il est indiqué dans les constatations du Groupe spécial et les allégations formulées dans l'autre appel du Mexique que les États-Unis se doivent de respecter la norme qu'ils se sont eux-mêmes fixée. Du fait de ses lacunes, de ses défauts, de son manque d'impartialité et de son caractère arbitraire, la mesure modifiée concernant le thon modifie les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC. La mesure ne garantit pas que des renseignements exacts sont fournis aux consommateurs des États-Unis et, par conséquent, elle ne satisfait pas à la norme stricte que les États-Unis se sont fixée et ne réalise pas ses objectifs déclarés.

I. LA MESURE DANS SON ENSEMBLE

3. Le Groupe spécial aurait dû conclure explicitement que la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble était incompatible avec les dispositions de l'OMC en question au lieu de formuler des constatations et des conclusions séparées concernant des prescriptions spécifiques de la mesure. Les critères d'admissibilité, les prescriptions en matière de certification et les prescriptions en matière de repérage et de vérification se rapportent aux éléments des critères juridiques nécessaires pour établir l'incompatibilité avec les règles de l'OMC de la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble. En particulier, ils se rapportent à la deuxième partie du critère juridique énoncé à l'article 2.1 de l'Accord OTC et au critère juridique énoncé dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Le Mexique n'a pas contesté ces prescriptions indépendamment en tant que trois mesures séparées et n'était pas tenu d'établir des éléments *prima facie* indépendants pour chacune d'elles. Cette erreur du Groupe spécial est reproduite dans les arguments des États-Unis.

II. ARGUMENTS ERRONÉS QUI CONSTITUENT LE FONDEMENT DE L'APPEL

A. Modification des conditions de concurrence et effet préjudiciable

4. Dans la procédure initiale, l'Organe d'appel a constaté dans le contexte de l'article 2.1 que la mesure concernant le thon modifiait les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au

détriment des produits du thon mexicains. Il a indiqué que l'effet préjudiciable de la mesure sur les produits du thon mexicains était causé par le fait que la plupart de ces produits contenaient du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP et n'étaient donc pas admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*, alors que la plupart des produits du thon venant des États-Unis et d'autres pays qui étaient vendus sur le marché des États-Unis contenaient du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP et étaient donc admissibles au bénéfice du label *Dolphin Safe*. L'aspect de la mesure qui cause l'effet préjudiciable est la différence dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part. Cet effet préjudiciable est causé par la mesure elle-même et a donc une véritable relation avec la mesure.

5. Cela n'a pas changé dans la mesure modifiée concernant le thon et, par conséquent, la mesure continue de priver les produits du thon mexicains de possibilités de concurrence. Cette conclusion formulée au titre de la première partie du critère juridique énoncé à l'article 2.1 est suffisante, dans les circonstances du présent différend, pour établir que la mesure modifiée concernant le thon est incompatible avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994.

6. Les conditions et prescriptions en matière d'étiquetage de la mesure modifiée fonctionnent conjointement pour modifier les conditions de concurrence au détriment des produits du thon mexicains importés. L'effet préjudiciable implique non seulement le refus d'accorder le label *Dolphin Safe* aux produits du thon mexicains, mais aussi – en même temps – l'octroi du label aux produits du thon des États-Unis et d'autres pays qui peuvent éventuellement contenir du thon capturé d'une manière ayant des effets nuisibles sur les dauphins, et ne sont donc pas *Dolphin Safe*. Comme dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, c'est le fonctionnement combiné des aspects prohibitifs et des aspects permissifs de la mesure qui entraîne la discrimination *de facto* en question. En se concentrant sur le fait que le label est refusé aux produits du thon mexicains, les États-Unis passent à côté des aspects permissifs importants de la mesure modifiée concernant le thon qui, outre leur contribution à l'effet préjudiciable, entraînent la transmission de renseignements inexacts en matière d'étiquetage aux consommateurs des États-Unis du fait de leurs défauts et de leurs lacunes.

B. "Adaptation" en fonction des risques présentés pour les dauphins

7. Les États-Unis font valoir que les prescriptions en matière de certification et les prescriptions en matière de repérage et de vérification sont "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes pêcheries et, pour cette raison, sont impartiales au regard de l'article 2.1 et n'imposent pas une discrimination arbitraire ou injustifiable aux produits mexicains au regard du texte introductif de l'article XX du GATT. Ces arguments sont erronés.

8. La jurisprudence élaborée par l'Organe d'appel lorsqu'il a interprété l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article XX du GATT de 1994 n'inclut pas un "critère de l'adaptation" qui peut prévaloir sur les critères d'impartialité et de discrimination arbitraire. En outre, il ne suffit pas d'affirmer simplement, comme le font les États-Unis, qu'une distinction reflète le niveau de protection choisi par un Membre afin d'établir l'impartialité ou une absence de caractère arbitraire.

9. Le thon est "*Dolphin Safe*" ou il ne l'est pas. L'admissibilité au bénéfice du label *Dolphin Safe* ne peut pas être considérée comme une évaluation relative. L'argument des États-Unis implique que le label signifie "probablement *Dolphin Safe*" ou "pourrait être *Dolphin Safe*", et non "*Dolphin Safe*". Un point de repère correspondant à une "tolérance zéro" est incorporé dans la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application de la mesure. Les objectifs de la mesure ne sont en aucune façon amoindris pour permettre un certain niveau de mortalité ou de blessure grave "acceptable" ou une quelconque "marge d'erreur"; en fait, les objectifs sont affirmés dans des termes absolus dans le but d'éviter de tromper les consommateurs quant à la question de savoir si le thon qu'ils achètent a été capturé d'une manière ayant des effets nuisibles sur les dauphins. Des précisions complètes sont exigées à la fois pour le processus de certification et pour le repérage et la vérification du thon. Dans ces circonstances, une soi-disant comparaison de l'ampleur ou de la nature des dommages causés aux dauphins par différentes méthodes de pêche n'est pas pertinente.

10. Même si l'"adaptation" était permise dans une certaine mesure, compte tenu des effets nuisibles sur les dauphins résultant de presque toutes les méthodes de pêche dans toutes les pêcheries, les soi-disant différences entre l'ETP et d'autres zones de pêche au thon mentionnées par les États-Unis ne pourraient pas justifier une différence dans les prescriptions réglementaires, de sorte que les capitaines n'ayant pas de formation seraient autorisés à établir des certifications et qu'il ne serait pas possible de remonter avec exactitude jusqu'à la cuve du navire dans laquelle le thon a été entreposé après sa capture.

C. Absence d'un lien rationnel avec l'objectif

11. Le Groupe spécial a interprété et appliqué correctement le droit. Bien que le lien rationnel soit "l'un des facteurs les plus importants" pour évaluer s'il existe une discrimination arbitraire ou injustifiable au regard de l'article XX et donc une impartialité au regard de l'article 2.1, selon la nature de la mesure en cause et les circonstances de l'affaire considérée, il pourrait y avoir des facteurs additionnels qui pourraient aussi être pertinents pour l'évaluation générale. Contrairement à l'argument du "facteur unique" des États-Unis, le Groupe spécial a donné aux États-Unis la possibilité d'expliquer pourquoi d'autres facteurs établissaient que la mesure était impartiale et non arbitraire, et les États-Unis n'ont pas été en mesure de le faire.

D. La mesure modifiée concernant le thon, non l'AIDCP

12. Les États-Unis laissent entendre à tort que les prescriptions concernant le repérage, la vérification et les observateurs qui ont été imposées pour les produits du thon mexicains résultent exclusivement de l'AIDCP et existeraient en l'absence de la mesure modifiée concernant le thon. Au contraire, la mesure modifiée concernant le thon incorpore expressément l'AIDCP et d'autres prescriptions afin de soumettre à des conditions l'accès au label *Dolphin Safe* des États-Unis sur le marché des États-Unis. En outre, la mesure établit des prescriptions qui s'appliquent au thon capturé dans les pêcheries ne relevant pas de l'AIDCP. Les États-Unis mentionnent aussi à maintes reprises et à tort les différences concernant les prescriptions en matière de certification et les prescriptions en matière de repérage et de vérification qui existent entre les systèmes "de l'AIDCP et de la NOAA". La comparaison pertinente est celle entre les différentes manières dont la mesure modifiée concernant le thon conditionne l'accès au label *Dolphin Safe* en vertu des différentes conditions et prescriptions en matière d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part.

E. Il n'est pas nécessaire de prouver que l'étiquetage est erroné

13. Afin d'établir qu'il y a un manque d'impartialité au regard de la deuxième partie du critère juridique énoncé à l'article 2.1 et une discrimination arbitraire au regard du texte introductif de l'article XX, l'Organe d'appel a indiqué clairement, dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, que le Mexique était uniquement tenu d'établir des éléments *prima facie* selon lesquels, dans les circonstances liées à la conception et l'application des conditions et prescriptions en matière d'étiquetage énoncées par la mesure modifiée concernant le thon, des produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP d'une manière qui n'était pas sans risque pour les dauphins pourraient potentiellement entrer sur le marché des États-Unis en utilisant, de manière inexacte, le label *Dolphin Safe*. La charge de la preuve était alors déplacée et c'était aux États-Unis qu'il incombait d'expliquer de manière satisfaisante de quelle façon des cas de cette nature pouvaient être évités dans le cadre de l'application des conditions et prescriptions en matière d'étiquetage de la mesure modifiée concernant le thon. Le Mexique s'est acquitté de la charge qui lui incombait. Cette charge s'est déplacée vers les États-Unis, qui n'ont pas pu réfuter les éléments *prima facie* présentés par le Mexique.

III. ARTICLE 2.1 – PRESCRIPTIONS EN MATIÈRE DE CERTIFICATION

A. Effet préjudiciable

14. Comme il est expliqué plus haut, il n'était pas nécessaire que le Groupe spécial formule une constatation indépendante pour les prescriptions en matière de certification parce que la mesure modifiée concernant le thon dans son ensemble avait un effet préjudiciable sur les importations mexicaines. Par conséquent, même si les arguments présentés par les États-Unis sont corrects, ils

n'ont aucun rapport avec la première partie du critère juridique énoncé à l'article 2.1. Dans le contexte de l'analyse du refus de possibilités de concurrence, il n'est pas nécessaire de démontrer les effets réels sur le commerce. Si l'Organe d'appel constate que les différences concernant les coûts et les charges sont pertinentes pour la détermination, il suffit que le Groupe spécial constate qu'il est clair que la différence entre le fait d'avoir des observateurs à bord des grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP et de ne pas avoir d'observateurs à bord des autres navires impose une charge moins lourde pour les produits du thon élaborés à partir de thon capturé autrement que par de grands navires équipés de sennes coulissantes dans l'ETP, car la surveillance par des observateurs occasionne des dépenses importantes. L'analyse détaillée des coûts et des charges présentée par les États-Unis n'est pas nécessaire dans les circonstances du présent différend. Enfin, il existe une véritable relation entre la mesure, qui contient toutes les prescriptions prohibitives et permissives, et l'effet préjudiciable.

B. Question de savoir si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime

1. Manque d'impartialité

15. Le Groupe spécial a eu raison de considérer que les prescriptions différentes concernant la certification étaient conçues d'une manière qui "[pouvait] aboutir à la transmission de renseignements inexacts aux consommateurs, ce qui [était] contraire aux objectifs de la mesure modifiée concernant le thon" (parce que "les capitaines [pouvaient] ne pas nécessairement et toujours disposer des compétences techniques requises pour certifier qu'aucun dauphin n'a[va]it été tué ou gravement blessé lors d'une opération ou d'un autre déploiement d'engins"), et de constater, sur cette base, que "les prescriptions différentes concernant la certification [n'étaient] pas impartiales", si bien que l'effet préjudiciable ne pouvait pas être considéré comme découlant exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.¹ Le Groupe spécial a donné aux États-Unis la possibilité de justifier la distinction réglementaire, et les États-Unis n'ont pas été en mesure de le faire. Par conséquent, il n'y a pas de facteurs pertinents additionnels qui pourraient l'emporter sur la constatation du Groupe spécial. Comme il est expliqué plus haut, les arguments des États-Unis concernant l'"adaptation" et l'"AIDCP et non la mesure" ne sont pas fondés.

2. Les constatations du Groupe spécial concernant les dispositions relatives aux déterminations étaient encore davantage l'argumentation du Mexique

16. Le Mexique est d'accord avec les États-Unis pour dire qu'il n'a pas fait valoir que les dispositions relatives aux déterminations elles-mêmes entraînaient directement un effet préjudiciable. Le Mexique n'avait pas besoin de le faire. Pour déterminer si les distinctions réglementaires de la mesure étaient impartiales, le Groupe spécial était tenu d'évaluer la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application de la mesure, et les dispositions relatives aux déterminations faisaient partie intégrante de la mesure modifiée concernant le thon. Il y avait de très nombreux éléments de preuve versés au dossier pour étayer les constatations du Groupe spécial. En outre, le Groupe spécial a eu tout à fait raison d'appliquer à la pêche au thon à l'extérieur de l'ETP les mêmes déductions logiques que celles appliquées par les États-Unis à la pêche au thon à l'intérieur de l'ETP. Il était à la fois raisonnable et approprié que le Groupe spécial conclue que l'association entre les dauphins et les méthodes de pêche autres que celles utilisant des sennes coulissantes pouvait être dommageable pour les dauphins, et que la pêche à la senne coulissante pouvait causer la mortalité des dauphins même si une région océanique ne présentait pas une association entre les thons et les dauphins semblable à celle qui existait dans l'ETP. La conception des dispositions relatives aux déterminations est tout à fait en contradiction avec l'objectif de la mesure modifiée concernant le thon, et le Groupe spécial a eu raison de constater à l'unanimité que la distinction réglementaire était arbitraire.

¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.233.

IV. ARTICLE 2.1 – PRESCRIPTIONS EN MATIÈRE DE REPÉRAGE ET DE VÉRIFICATION

A. Effet préjudiciable

17. Les points ci-dessus concernant l'effet préjudiciable lié aux prescriptions en matière de certification s'appliquent également à l'effet préjudiciable lié aux prescriptions en matière de repérage et de vérification.

B. Le Groupe spécial a constaté à juste titre que l'effet préjudiciable ne découlait pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime

18. Contrairement aux arguments des États-Unis, le Groupe spécial a eu raison de dire que le Mexique avait établi *prima facie* qu'il n'existait pas de lien rationnel entre les charges différentes créées par les prescriptions concernant le repérage et la vérification et les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon. Le Groupe spécial a décidé à juste titre que le Mexique pouvait établir des éléments *prima facie* selon lesquels des produits du thon contenant du thon capturé à l'extérieur de l'ETP d'une manière qui n'était pas sans risque pour les dauphins pourraient potentiellement entrer sur le marché des États-Unis en utilisant, de manière inexacte, le label *Dolphin Safe* sur la base d'éléments de preuve et d'arguments concernant la conception, les principes de base et la structure révélatrice de la mesure modifiée concernant le thon. Le Groupe spécial a formulé plusieurs constatations de fait dans le cadre de son évaluation des prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification qui montraient qu'il y avait "d'importantes lacunes dans le champ" du système qui pourraient éventuellement contribuer à l'étiquetage inexact du thon capturé à l'extérieur de la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP. Ces constatations de fait, conjointement avec les constatations générales du Groupe spécial, sont suffisantes pour étayer son analyse de la distinction réglementaire légitime et la conclusion qu'il a formulée dans la deuxième étape du critère juridique énoncé à l'article 2.1. Toutefois, dans le cas où l'Organe d'appel constaterait que le Groupe spécial a fait erreur en s'abstenant de formuler une constatation définitive concernant la question de savoir si les conditions et prescriptions différentes concernant l'étiquetage pouvaient permettre que les thons pêchés dans les pêcheries à l'extérieur de l'ETP d'une manière qui n'était pas sans risque pour les dauphins bénéficient de manière inexacte et injustifiable de l'avantage concurrentiel représenté par le label *Dolphin Safe* sur le marché des États-Unis, le Mexique demande que l'Organe d'appel complète l'analyse en utilisant le critère de la preuve applicable, tel qu'il a été constaté à juste titre par le Groupe spécial, ainsi que les constatations de fait du Groupe spécial.

19. Contrairement aux arguments des États-Unis, le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur en se prononçant sur l'analyse concernant la distinction réglementaire légitime sur la base du lien rationnel. Il n'y a pas de facteurs pertinents additionnels dans le présent différend qui pourraient l'emporter sur la constatation du Groupe spécial selon laquelle la distinction réglementaire pertinente est conçue et appliquée d'une manière qui permet un étiquetage inexact. En effet, du fait d'un étiquetage incorrect, des renseignements inexacts et trompeurs sont fournis aux consommateurs choisissant d'acheter et de consommer des produits du thon qui, selon eux, ont été produits d'une manière considérée comme *Dolphin Safe*, ce qui est directement en contradiction avec les objectifs de la mesure modifiée concernant le thon.

20. Pour les mêmes raisons que celles examinées plus haut concernant les prescriptions en matière de certification, le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur, contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, en constatant que les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification montraient que l'effet préjudiciable causé par la mesure modifiée concernant le thon ne pouvait pas être expliqué ni justifié par l'"adaptation" en fonction de différents profils de risque dans différentes pêcheries. En outre, le thon est soit *Dolphin Safe* soit non *Dolphin Safe* au point de capture. Après que le thon a été pêché et entreposé à bord d'un navire de pêche, le profil de risque d'un dommage causé aux dauphins n'est plus une considération pertinente en ce qui concerne ce thon. C'est uniquement à ce thon après la pêche – dont l'entreposage, le transport et la transformation ne font courir aucun risque de dommage aux dauphins – que s'appliquent les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification. Par conséquent, il n'y a absolument aucun rapport ni aucun lien entre le repérage et la vérification du statut *Dolphin Safe* du thon pêché et les profils de risque différents d'après les allégations qui concernent les dommages causés aux dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan.

21. Enfin, les allégations du Mexique portent sur le traitement réglementaire différencié prévu par la mesure modifiée concernant le thon en vertu des conditions et prescriptions différentes concernant l'étiquetage qui conditionnent l'accès à l'avantage concurrentiel représenté par le label "Dolphin Safe" sur le marché des États-Unis. Le Groupe spécial a expliqué expressément que c'étaient la conception et la structure de la mesure modifiée concernant le thon, et non l'AIDCP, qui établissaient la distinction réglementaire pertinente en deux ensembles de règles conditionnant l'accès au label *Dolphin Safe* dans un cadre réglementaire unique. L'AIDCP n'est pas pertinent pour la détermination de la compatibilité avec l'article 2.1.

V. ARTICLES I:1 ET III:4 DU GATT DE 1994

22. La mesure modifiée concernant le thon conditionne l'octroi d'un avantage – à savoir le label "Dolphin Safe" – d'une manière qui modifie les conditions de concurrence entre les produits du thon importés similaires sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains et viole donc l'article I:1. En outre, la mesure a un effet préjudiciable sur les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des produits du thon mexicains par rapport aux produits du thon des États-Unis et viole donc l'article III:4. Les arguments des États-Unis selon lesquels le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il y avait eu violation de ces dispositions sont dénués de fondement.

VI. TEXTE INTRODUCTIF DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994

23. Le Groupe spécial a exposé correctement les trois éléments du critère juridique énoncé dans le texte introductif de l'article XX et a conclu à juste titre que, dans les circonstances du présent différend, il était approprié qu'il s'appuie sur le raisonnement et les constatations qu'il avait formulés dans le contexte de l'article 2.1 au cours de son analyse au titre du texte introductif de l'article XX.

A. La mesure modifiée concernant le thon établit une discrimination entre des pays où les mêmes conditions existent

24. Contrairement aux arguments des États-Unis, il ressort clairement du raisonnement du Groupe spécial au titre de l'article XX, lu conjointement avec son raisonnement au titre de l'article 2.1, que le Groupe spécial a effectué une analyse de la question de savoir si une discrimination existait et qu'il a constaté qu'elle existait effectivement. Comme dans l'affaire *UE – Produits dérivés du phoque*, les causes de la discrimination dont l'existence a été constatée au titre des articles I:1 et III:4 sont les mêmes que celles qui doivent être examinées au regard du texte introductif. En outre, le Groupe spécial a constaté à juste titre que cette discrimination se produisait entre des pays où les mêmes conditions existaient. Les mêmes conditions existent au Mexique, aux États-Unis et dans d'autres pays parce que les dauphins peuvent être tués ou gravement blessés par toutes les méthodes de pêche dans tous les océans, et une certification ainsi qu'un repérage et une vérification exacts sont donc nécessaires indépendamment de la pêche particulière dans laquelle le thon est capturé.

B. La mesure modifiée concernant le thon est appliquée d'une manière qui constitue un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable

25. Contrairement aux arguments des États-Unis, il est suffisant que le Groupe spécial ait donné des précisions sur la relation existant entre le texte introductif de l'article XX et l'article 2.1 et qu'il ait expliqué pourquoi il était approprié, dans les circonstances du présent différend, de s'appuyer sur le raisonnement qu'il avait élaboré dans le contexte de l'article 2.1 au cours de son analyse au titre du texte introductif de l'article XX.

26. Le Groupe spécial n'a pas fait erreur, contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, en appliquant simplement un critère fondé sur un "facteur unique" pour déterminer l'existence d'une discrimination arbitraire ou injustifiable au regard du texte introductif. Le Mexique reconnaît que, en principe, l'analyse au titre du texte introductif n'est pas nécessairement un critère fondé sur un facteur unique. Toutefois, dans le présent différend, il n'y a pas de facteurs pertinents additionnels qui pourraient l'emporter sur la constatation du Groupe spécial selon laquelle les prescriptions différentes concernant la certification et les prescriptions différentes concernant le repérage et la vérification sont appliquées de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable.

parce qu'elles permettent que des renseignements inexacts soient transmis aux consommateurs en ce qui concerne le statut *Dolphin Safe* du thon contenu dans les produits qu'ils choisissent d'acheter, contrairement à l'objectif de politique générale que constitue la conservation des dauphins par le biais du choix éclairé des consommateurs. Le Groupe spécial n'a pas non plus fait erreur en constatant que les dispositions relatives aux déterminations étaient arbitraires.

27. Pour les raisons déjà exposées plus haut, le Groupe spécial n'a pas non plus fait erreur en rejetant l'argument des États-Unis selon lequel les différences dans les prescriptions étaient "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones océaniques, et en rejetant l'argument selon lequel les différences reflétaient le fait que les parties à l'AIDCP étaient convenues de prescriptions particulières.

ANNEXE B-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES ÉTATS-UNIS EN TANT QU'INTIMÉ

1. Comme il est expliqué ci-après, les appels du Mexique concernant des points de droit et de fait des constatations du Groupe spécial sont dénués de fondement. Par conséquent, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel de rejeter les appels du Mexique dans leur totalité.

2. La section II de la communication porte sur une qualification factuelle incorrecte en particulier que le Mexique fait dans les sections introductives de sa communication concernant un autre appel. Spécifiquement, elle démontre que, au moment de la signature de l'AIDCP, les parties *savaient* que les États-Unis avaient subordonné toute modification au label type *Dolphin Safe* au respect d'une condition particulière, à savoir que l'encerclement des dauphins dans l'ETP n'ait pas d'incidence défavorable notable sur les populations de dauphins en déclin. Comme le Groupe spécial initial l'a constaté, cette condition n'était pas remplie. Par conséquent, le Mexique a tort d'affirmer que les parties à l'AIDCP sont convenues d'imposer les prescriptions particulières à leurs branches de production du thon en échange de l'autorisation des États-Unis d'utiliser leur label *Dolphin Safe* pour les produits du thon issus de l'encerclement des dauphins.

3. Les sections III, IV et V exposent la réponse des États-Unis aux appels spécifiques du Mexique.

1. LES TROIS ASPECTS CONTESTÉS DE LA MESURE MODIFIÉE

4. Dans la section III de la communication, les États-Unis expliquent que l'allégation du Mexique selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en formulant des constatations distinctes pour ce qui est des aspects spécifiques de la mesure modifiée contestée par le Mexique, et aurait dû constater que la mesure modifiée *dans son ensemble* était incompatible avec les accords visés, est erronée. Les sous-sections A et B donnent un aperçu de l'appel du Mexique et de l'analyse pertinente du Groupe spécial.

5. Dans la section III.C, les États-Unis expliquent les diverses raisons pour lesquelles l'appel du Mexique est erroné. Premièrement, le Mexique ne cite aucun fondement pour son affirmation selon laquelle les constatations du Groupe spécial relatives à l'effet préjudiciable causé par les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification constituaient une *erreur de droit*, étant donné qu'il ne donne aucune raison pour laquelle il n'était pas raisonnable que le Groupe spécial examine les allégations de discrimination du Mexique en interprétant les arguments du Mexique comme le Mexique l'avait fait. Deuxièmement, l'hypothèse factuelle contenue dans l'argument du Mexique – selon laquelle ce dernier n'a pas fait valoir que les prescriptions concernant la certification ainsi que le repérage et la vérification causaient un effet préjudiciable "distinct" de celui résultant des critères d'admissibilité – est erronée. Troisièmement, on ne voit pas bien pourquoi l'appel du Mexique, s'il aboutit, aurait un quelconque effet significatif sur la présente procédure.

2. ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

6. Dans la section IV de la communication, les États-Unis expliquent que les autres appels du Mexique concernant l'analyse et les constatations du Groupe spécial relatives à l'article 2.1 de l'Accord OTC devraient être rejetés. Dans la section IV.A, ils expliquent que les appels du Mexique concernant les critères d'admissibilité ne devraient pas aboutir. Dans la section IV.B, ils expliquent que les appels du Mexique concernant les prescriptions en matière de certification ne devraient pas aboutir non plus.

a. Critères d'admissibilité

7. Dans la section IV.A, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que les critères d'admissibilité étaient compatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC. Le

Mexique présente plusieurs appels concernant des points de droit et de fait de la constatation du Groupe spécial. Chacun de ces appels est dénué de fondement.

8. Comme il est expliqué dans la section IV.A.1, l'appel du Mexique concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'Organe d'appel avait "définitivement réglé" la question de l'impartialité des critères d'admissibilité ne devrait pas aboutir. Le Mexique a tort de faire valoir que l'analyse de l'impartialité faite par l'Organe d'appel portait seulement sur l'exclusion du thon capturé par encerclement des dauphins et ne visait pas l'admissibilité du thon capturé par d'autres méthodes de pêche. Au contraire, la question de savoir si les États-Unis pouvaient refuser l'accès au label pour les produits du thon issus de l'encerclement des dauphins tout en permettant que d'autres produits du thon soient susceptibles d'avoir le droit d'utiliser le label *avait été clairement soumise* à l'Organe d'appel. Et le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que l'Organe d'appel avait "définitivement réglé" la question. Le Mexique a également tort de minimiser l'importance d'une des déclarations de l'Organe d'appel sur laquelle le Groupe spécial s'est fondé, car cette déclaration était formulée en réponse à un argument des États-Unis et donnait des indications sur la manière dont ces derniers pouvaient se mettre en conformité avec les accords visés.

9. Comme il est expliqué dans la section IV.A.2, l'appel du Mexique concernant l'analyse juridique faite par le Groupe spécial de la question de savoir si les critères d'admissibilité sont impartiaux ne devrait pas aboutir.

10. Premièrement, l'appel du Mexique repose sur un critère juridique incorrect. L'Organe d'appel a expliqué que, pour analyser si une "incidence préjudiciable découle[ait] exclusivement de distinctions réglementaires légitimes", un groupe spécial devait examiner si les distinctions qui expliquaient l'incidence préjudiciable "[étaient] conçues et appliquées d'une manière impartiale de sorte qu'elles puissent être considérées comme "légitimes" aux fins de l'article 2.1".¹ En ce qui concerne le présent différend, l'Organe d'appel a dit clairement que cette réponse dépendrait de la question de savoir si la distinction réglementaire "[était] impartiale dans la manière dont elle remédi[ait] aux risques présentés pour les dauphins par différentes méthodes de pêche dans différentes zones de l'océan".² Le Mexique a tort de faire valoir que la question de savoir si les critères d'admissibilité sont adaptés en fonction des différents risques dans différentes pêcheries est dénuée de pertinence.

11. Deuxièmement, les "points de repère" proposés par le Mexique aux fins d'une analyse de l'impartialité sont erronés. Au titre du point de repère correspondant à une "tolérance zéro" indiqué par le Mexique, l'article 2.1 interdirait aux États-Unis de faire des distinctions *quelconques* entre les méthodes de pêche et l'approche du Mexique interdirait aux États-Unis d'étiqueter un produit du thon comme étant *Dolphin Safe* même dans les cas où aucun dauphin n'aurait subi un dommage lors de la production de ce thon. Une telle position est *incompatible* avec l'analyse impartiale de l'Organe d'appel et le Mexique fait erreur en faisant valoir une telle approche. L'autre formulation par le Mexique du "point de repère correspondant à une tolérance zéro" (axée sur la question de savoir si une méthode de pêche particulière cause des effets nuisibles "systématiques") n'a jamais été présentée au Groupe spécial. De ce fait, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation de cette question et les déclarations mentionnées par le Mexique ne peuvent pas être comprises dans ce nouveau contexte. Et l'autre point de repère proposé par le Mexique (une comparaison des niveaux de prélèvement biologique potentiel (PBP) par pêcherie) est à la fois impossible à mettre en œuvre et incompatible avec les objectifs de la mesure modifiée.

12. Troisièmement, les critères d'admissibilité sont impartiaux au regard du critère juridique correct. L'encerclement des dauphins est la *seule* méthode de pêche au monde *qui cible intentionnellement les dauphins*. De ce fait, elle est *foncièrement* dangereuse pour les dauphins, et fait courir à des centaines d'entre eux le danger de subir des dommages tant directs que non observables lors de chaque opération d'encerclement. On ne peut pas dire la même chose des autres méthodes de pêche, dans lesquelles "la nature et le degré de l'interaction sont différents du

¹ États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique) (Organe d'appel), paragraphe 5.92; voir aussi États-Unis – Thon II (Mexique) (Organe d'appel), note de bas de page 461; États-Unis – EPO (Organe d'appel), paragraphe 271.

² États-Unis – Thon II (Mexique) (Organe d'appel), paragraphe 232.

point de vue quantitatif et qualitatif".³ De nombreuses constatations de fait du Groupe spécial, ainsi que des faits non contestés versés au dossier, étayaient la conclusion selon laquelle les critères d'admissibilité sont impartiaux. Les constatations de fait du Groupe spécial établissent que la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP a un profil de risque différent, et plus grand, pour les dauphins – en ce qui concerne les dommages tant directs que non observables – par rapport à celui d'autres pêcheries. En outre, de nombreux faits non contestés versés au dossier étayaient cette conclusion. En particulier, les États-Unis ont fourni des données par pêche, provenant des ORGP, des gouvernements nationaux et des scientifiques, qui montrent clairement la différence entre la pêche des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et d'autres pêcheries. Le Mexique n'a pas réfuté ou contesté l'exactitude de ces données.

13. Comme il est expliqué dans la section IV.A.3, les allégations du Mexique au titre de l'article 11 sont aussi dénuées de fondement.

14. Premièrement, le Groupe spécial n'a pas modifié indûment, par rapport à la procédure initiale, sa constatation concernant les dommages non observés résultant des opérations d'encerclement des dauphins. Tout d'abord, le Mexique n'explique pas en quoi l'erreur alléguée du Groupe spécial à cet égard est "si importante" qu'elle compromet l'objectivité de l'évaluation de son allégation par le Groupe spécial et, pour cette raison, l'allégation du Mexique ne satisfait pas au critère d'un appel au titre de l'article 11 valable.⁴ En outre, la mention par le Groupe spécial du fait que le Groupe spécial initial avait formulé des constatations définitives concernant les "diverses incidences défavorables [qui pouvaient] résulter de l'encerclement des dauphins, allant au-delà de la mortalité observée" était exacte, comme l'a confirmé l'analyse de l'Organe d'appel dans la procédure initiale. Par ailleurs, la suggestion du Mexique selon laquelle il a présenté de nouveaux éléments de preuve concernant des pièces sur lesquelles le Groupe spécial initial s'est appuyé n'est pas correcte.

15. Deuxièmement, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que d'autres méthodes de pêche n'avaient pas d'effets non observables similaires à ceux liés à l'encerclement des dauphins dans l'ETP. Contrairement à l'affirmation du Mexique selon laquelle le Groupe spécial n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve, le Groupe spécial a effectué une analyse détaillée des éléments de preuve versés au dossier, y compris en examinant les paragraphes des communications du Mexique dont celui-ci affirme que le Groupe spécial n'a tenu aucun compte. En outre, la constatation du Groupe spécial était largement étayée par les éléments de preuve versés au dossier et reflétait un soupesage et une mise en balance de ces éléments de preuve du genre de ceux qui relèvent du pouvoir discrétionnaire d'un groupe spécial.⁵ En présentant cet appel, le Mexique ne prend pas en considération le fait que le Groupe spécial avait raison de dire qu'il n'avait fourni aucun élément de preuve établissant que les méthodes de pêche autres que l'encerclement des dauphins causaient des dommages non observables indépendamment d'une mortalité directe, observable, et dont l'existence "ne [pouvait] pas être soumis[e] à certification parce qu'[elle] ne laiss[ait] pas de preuves observables".⁶

16. Troisièmement, le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans sa qualification de la constatation de l'Organe d'appel concernant l'encerclement des dauphins. Tout d'abord, la procédure initiale a clairement établi que l'encerclement des dauphins, y compris dans le cadre du régime de l'AIDCP, causait "diverses incidences défavorables ... allant au-delà de la mortalité observée", car l'Organe d'appel a incorporé la constatation du Groupe spécial initial à cet égard.⁷ Ensuite, il ressort clairement du rapport de l'Organe d'appel que la constatation selon laquelle l'encerclement des dauphins était "particulièrement dommageable pour ces derniers" n'était pas limitée à l'encerclement des dauphins autre que dans le cadre du régime de l'AIDCP. En fait, les éléments qui rendent l'encerclement des dauphins "particulièrement dommageable" incluent les "divers effets non observés" qui résultent de la chasse elle-même et ne sont donc pas traités par les prescriptions énoncées dans l'AIDCP, ainsi que l'"importante mortalité des dauphins et [le] nombre

³ États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphe 7.240 (opinion majoritaire).

⁴ Voir Chine – Terres rares (Organe d'appel), paragraphe 5.179; CE – Éléments de fixation (Organe d'appel), paragraphe 499.

⁵ Voir Corée – Produits laitiers (Organe d'appel), paragraphe 137.

⁶ États-Unis – Thon II (article 21:5 – Mexique) (Groupe spécial), paragraphes 7.132 et 7.134.

⁷ Voir États-Unis – Thon II (Mexique) (Organe d'appel), paragraphe 251; voir aussi *id.*, paragraphe 287.

important de blessures [...] des dauphins" qui continuent de se produire dans le cadre du régime de l'AIDCP.

b. Prescriptions en matière de certification

17. Dans la section IV.B, les États-Unis expliquent que les appels du Mexique concernant les prescriptions en matière de certification énoncées dans la mesure modifiée devraient être rejetés.

18. Comme il est expliqué dans la section IV.B.1, l'appel du Mexique concernant la constatation du Groupe spécial relative à la fiabilité des déclarations des capitaines ne devrait pas aboutir. L'explication de cet appel donnée par le Mexique est indûment vague car ce dernier ne précise pas s'il formule un appel concernant un point de droit ou un appel au titre de l'article 11, bien que l'Organe d'appel ait indiqué que les parties devaient le faire.⁸ Toutefois, indépendamment de la manière dont on interprète l'argument du Mexique, l'analyse et la constatation du Groupe spécial n'étaient pas erronées.

19. Premièrement, la constatation du Groupe spécial concernant la fiabilité des certifications des capitaines n'était pas incompatible avec l'article 11. Le Mexique a tort de faire valoir que le Groupe spécial n'a pas compris ni examiné son argument selon lequel les "circonstances spécifiques" associées aux certifications *Dolphin Safe* rendaient les certifications des capitaines foncièrement peu fiables, ni aucun élément de preuve concernant cet argument. Au contraire, le Groupe spécial n'est simplement pas convenu que le Mexique avait prouvé le bien-fondé de son argumentation. Le Mexique a également tort de faire valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il n'avait pas établi que les déclarations des capitaines étaient peu fiables. En fait, la constatation du Groupe spécial était étayée par un grand nombre d'éléments de preuve versés au dossier, que le Mexique ne prend pas en considération lorsqu'il formule cet appel. En outre, le Mexique n'allègue même pas que le traitement que le Groupe spécial a réservé aux éléments de preuve a compromis son objectivité, comme il est requis pour satisfaire au critère nécessaire au succès d'une allégation au titre de l'article 11.⁹

20. Deuxièmement, le Groupe spécial n'a pas fait d'erreur de droit dans sa constatation concernant la fiabilité des certifications des capitaines. Le Mexique n'a pas indiqué une constatation juridique dont il cherche à obtenir l'infirmité, ni une erreur de droit que le Groupe spécial aurait commise, d'après ses allégations. Toutefois, dans la mesure où il allègue que le Groupe spécial a commis une erreur de droit, son appel est sans fondement. En particulier, toute constatation juridique dont le Mexique ferait appel est largement étayée par les éléments de preuve versés au dossier, et on ne peut pas dire que la constatation du Groupe spécial n'a *aucun* fondement dans le dossier. La plainte du Mexique concerne, plutôt, le fait que le Groupe spécial n'a pas accordé aux éléments de preuve l'importance que souhaitait le Mexique, et qu'il n'a pas formulé les constatations de fait et les constatations juridiques que le Mexique cherchait à obtenir. Toutefois, cela ne constitue pas un motif d'appel concernant un point de droit, pas plus qu'un motif d'appel au titre de l'article 11.

21. Comme il est expliqué dans la section VI.B.2, l'appel du Mexique concernant la constatation du Groupe spécial relative à la répartition géographique des opérations d'encerclement des dauphins devrait être rejeté. Premièrement, le Groupe spécial a *bel et bien* analysé les éléments de preuve et les arguments présentés par le Mexique concernant l'existence d'opérations d'encerclement des dauphins à l'extérieur de l'ETP. Cependant, il avait le pouvoir discrétionnaire de choisir "quelles preuves [il pourrait] utiliser pour faire ses constatations", et le fait qu'à un moment donné il ne se soit pas appuyé sur l'une des pièces présentées par le Mexique n'établit pas un manquement au titre de l'article 11.¹⁰ Deuxièmement, il est certain que la constatation du Groupe spécial avait un "fondement approprié" dans les éléments de preuve versés au dossier puisque le dossier ne contenait *absolument* aucun élément de preuve montrant que les dauphins étaient *chassés* pour capturer le thon ailleurs que dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes, et encore moins de façon courante. Troisièmement, la pièce dont le Mexique affirme qu'elle n'a pas été examinée par le Groupe spécial ne compromet aucunement la constatation de ce dernier.

⁸ Voir *Chine – Terres rares (Organe d'appel)*, paragraphe 5.173.

⁹ Voir *Chine – Terres rares (Organe d'appel)*, paragraphe 5.179; *CE – Éléments de fixation (Organe d'appel)*, paragraphe 499.

¹⁰ *Chine – Terres rares (Organe d'appel)*, paragraphe 5.178.

3. ARTICLE XX DU GATT DE 1994

22. Dans la section V, les États-Unis expliquent que les appels du Mexique concernant l'article XX du GATT de 1994 devraient être rejetés. Les sous-sections A et B donnent un aperçu de l'analyse pertinente du Groupe spécial et de l'appel du Mexique. Dans la sous-section V.C, les États-Unis expliquent que l'appel du Mexique est erroné.

23. Dans la section V.C.1, les États-Unis examinent l'argument du Mexique concernant la question de savoir si l'application de la mesure entraîne une discrimination. Il n'apparaît pas que le Mexique allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans cette section et le Mexique n'indique pas explicitement en quoi cette section est pertinente pour ses appels au titre du texte introductif. Cependant, il apparaît bien que le Mexique affirme que la "discrimination" dont l'existence a été constatée aux fins des obligations positives du GATT de 1994 doit être la même aux fins du texte introductif. Mais cela n'est pas nécessairement le cas, comme l'Organe d'appel l'a noté.¹¹ En fait, le point de savoir s'il existe une discrimination nécessite un examen de "la question de savoir si les "conditions" existant dans les pays entre lesquels la mesure établit, d'après les allégations, une discrimination sont "les mêmes"". ¹² Il apparaît aussi que le Mexique fait valoir que le Groupe spécial aurait dû constater que le même ensemble de "conditions" était pertinent pour l'analyse des trois aspects de la mesure modifiée qu'il a contestés.

24. Dans la section V.C.2, les États-Unis expliquent que l'argument du Mexique selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les "conditions" pertinentes étaient les "mêmes" est erroné. Comme il est indiqué ailleurs, les objectifs de la mesure – dont le Groupe spécial a constaté qu'ils avaient un lien étroit avec l'objectif de politique générale énoncé à l'alinéa g) – concernent tous les effets nuisibles pour les dauphins causés par les pratiques de pêche commerciales à l'intérieur et à l'extérieur de l'ETP. De ce fait, les "conditions" pertinentes concernent tous les effets nuisibles subis par les dauphins, y compris la mortalité et les blessures graves, ainsi que les dommages non observables qui leur sont causés lorsqu'on les chasse. Et les *dommages* causés aux dauphins dans la pêcherie des grands navires équipés de sennes coulissantes de l'ETP et ceux causés dans d'autres pêcheries *sont différents* en ce qui concerne la mortalité et les blessures graves, ainsi que les dommages non observables causés aux dauphins. Étant donné que les "conditions" pertinentes ne sont pas les "mêmes", il n'existe aucune discrimination aux fins du texte introductif et les critères d'admissibilité sont donc justifiés au regard de l'article XX.

25. Dans la section V.C.3, les États-Unis expliquent que l'argument du Mexique concernant la question de savoir si la mesure modifiée impose une discrimination arbitraire ou injustifiable est erroné. Le Mexique a tort d'affirmer qu'il est arbitraire ou injustifiable de faire une distinction entre l'encerclement des dauphins et d'autres méthodes. En fait, cette distinction peut être conciliée avec l'objectif de politique générale consistant à protéger les dauphins, et est liée rationnellement à cet objectif. L'encerclement des dauphins est la *seule* méthode de pêche qui cible intentionnellement les dauphins. De ce fait, chaque opération d'encerclement des dauphins doit comporter une interaction prolongée avec un banc de dauphins et doit faire courir un risque important de dommages observés et non observés à ces animaux. Ce danger *inhérent* n'est tout simplement pas présent dans d'autres méthodes de pêche. Cette différence est corroborée par les constatations de fait du Groupe spécial, ainsi que par les données des ORGP et des gouvernements nationaux, et par les études scientifiques. Et le Mexique a tort d'affirmer que l'article XX g) *interdit* aux Membres d'appliquer des mesures qui sont "adaptées" en fonction des différents risques. En fait, c'est sûrement *l'inverse* qui est vrai.¹³

26. Pour les raisons qui précèdent, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel de rejeter dans leur totalité les appels du Mexique concernant le rapport du Groupe spécial.

¹¹ Voir, par exemple, CE – Produits dérivés du phoque (Organe d'appel), paragraphe 5.298.

¹² CE – Produits dérivés du phoque (Organe d'appel), paragraphe 5.317.

¹³ Voir États-Unis – Crevettes (Organe d'appel), paragraphe 165; États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie) (Organe d'appel), paragraphes 140 à 143.

ANNEXE C

ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication du Canada en tant que participant tiers	C-2
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant que participant tiers	C-3
Annexe C-3	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que participant tiers	C-6
Annexe C-4	Résumé analytique de la communication de la Nouvelle-Zélande en tant que participant tiers	C-7

ANNEXE C-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU CANADA EN TANT
QUE PARTICIPANT TIERS****I. INTRODUCTION**

1. Le Canada examine les points suivants: le champ de l'examen au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord; l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC; et l'interprétation du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

II. CHAMP DE L'EXAMEN AU TITRE DE L'ARTICLE 21:5 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

2. Le Canada estime qu'un examen au titre de l'article 21:5 autorise un groupe spécial de la mise en conformité à examiner les aspects inchangés de la mesure modifiée parce que la mesure modifiée, considérée dans son ensemble, peut modifier l'importance juridique de ces aspects inchangés dans le contexte de la mesure modifiée.

3. Le Canada est d'avis qu'on ne voit pas bien si l'Organe d'appel a constaté que les critères d'admissibilité étaient compatibles avec l'article 2.1. L'Organe d'appel devrait clarifier ce point.

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

4. Les États-Unis affirment que le plaignant doit démontrer que la mesure en cause satisfait aux deux éléments du critère du "traitement moins favorable" figurant à l'article 2.1. Le Canada n'est pas de cet avis.

5. Il devrait incomber au *défendeur* de démontrer qu'il est satisfait à l'élément de la distinction réglementaire légitime une fois que le plaignant a démontré que la mesure causait cet effet. Cette attribution reflète l'équilibre établi dans le GATT de 1994. De plus, étant donné le caractère parallèle du critère de la distinction réglementaire légitime au titre de l'article 2.1 et du texte introductif de l'article XX, il est raisonnable et logique de conclure que le critère de la distinction réglementaire légitime fonctionne également comme une exception et un moyen de défense.

IV. TEXTE INTRODUCTIF DE L'ARTICLE XX

6. Le Canada pense comme les États-Unis que le Groupe spécial de la mise en conformité a fait erreur en fusionnant en une seule les analyses distinctes du point de savoir s'il y avait discrimination et du point de savoir si la discrimination était arbitraire ou injustifiable, et en examinant l'élément de la discrimination arbitraire et injustifiable avant de déterminer s'il y avait discrimination entre des pays où les mêmes conditions existaient.

7. De plus, le Groupe spécial de la mise en conformité n'a pas effectué l'analyse appropriée du point de savoir si les conditions pertinentes étaient les mêmes dans l'ensemble des *pays*. S'agissant des prescriptions en matière d'admissibilité, au lieu d'examiner différentes méthodes de pêche, il aurait dû analyser si ces conditions se présentaient dans les pays.

8. Le Canada ne souscrit pas à la qualification faite par les États-Unis du critère relatif à la discrimination arbitraire ou injustifiable. Le champ du critère servant à déterminer s'il y a discrimination arbitraire et injustifiable est imposé par les faits particuliers de la cause. Le critère du lien rationnel est particulièrement important et peut être le seul critère nécessaire, selon les circonstances.

ANNEXE C-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'UNION EUROPÉENNE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS****I. ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC****A. Allégations des États-Unis****1. Certification**

1. La question de savoir s'il y a ou non un effet préjudiciable est évaluée au moyen d'un examen de ce que cause la mesure. La mesure est l'ensemble de *distinctions réglementaires* pertinentes. Les prescriptions renforcées concernant la certification ne modifient pas cet aspect de l'évaluation et n'ont donc pas d'incidence sur la question de l'effet préjudiciable.

2. Les Membres doivent faire en sorte que leurs mesures SPS soient adaptées aux caractéristiques de la région d'origine du produit. La question de l'adaptation se pose en l'espèce d'une manière particulière, eu égard à l'argument que présente le Mexique. Cet argument est conceptuellement semblable à la règle énoncée à l'article 5:5 de l'Accord SPS, qui requiert des réponses réglementaires comparables face à des risques comparables. Nous examinons ces arguments seulement parce que la reconnaissance du concept de discrimination *de facto* élargit le champ de la discussion à tous les faits. Partant, les États-Unis soulignent que ce que fait valoir le Mexique signifierait qu'ils devraient imposer les normes de l'AIDCP à tous leurs partenaires commerciaux, lesquels feraient sans nul doute valoir que cela n'est pas nécessaire.

3. C'est le choix privé de la flottille de thoniers mexicaine que de continuer à pratiquer l'encerclement des dauphins. Le concept de discrimination *de facto* exige que ce point soit pris en considération dans une certaine mesure. En outre, rappelant que les accords visés peuvent encourager mais n'imposent pas une harmonisation internationale; et rappelant qu'il n'y a pas de pur critère de proportionnalité (pas de compromis entre le niveau approprié de protection et le caractère restrictif pour le commerce), parce que les juges ne sont ni mandatés ni qualifiés pour prendre des décisions politiques, – nous pensons qu'il existe ce que l'on appelle une marge de manœuvre réglementaire. Nous avons dit dans toutes les affaires récentes concernant le domaine OTC que l'autonomie en matière de réglementation était un pilier de l'OMC au même titre que le traitement NPF ou le traitement national. La marge de manœuvre réglementaire ne peut pas faire l'objet d'un examen judiciaire sans limite. Passé le seuil de la marge de manœuvre réglementaire, les Membres qui réglementent ont le droit de choisir: autrement dit, il y a une certaine marge d'appréciation. Le texte introductif de l'article XX n'interdit pas cela: il interdit la *discrimination* arbitraire.

4. Une analyse coûts-avantages n'identifie pas nécessairement la seule mesure qui peut raisonnablement être adoptée. Elle détermine la rationalité d'une mesure en évaluant si les avantages de cette mesure l'emportent sur ses coûts. Cela signifie qu'il peut y avoir plus d'une mesure qui satisfait à une analyse coûts-avantages. Cela est compatible avec la notion de marge de manœuvre réglementaire, à l'intérieur de laquelle les Membres disposent d'une marge d'appréciation. Nous ne pensons pas que, pour être compatible avec les règles de l'OMC, une mesure doit être fondée sur une analyse coûts-avantages qui prend en compte les coûts d'une mesure pour les partenaires commerciaux, mais cela indiquerait clairement que la mesure relève du concept de marge de manœuvre réglementaire. Nous nous attendrions à ce qu'une analyse coûts-avantages prenne en compte la perte de bien-être résultant pour les consommateurs d'une hausse des prix à l'importation. Nous reconnaissons que l'on devrait faire preuve d'une certaine prudence en examinant ces questions à travers le prisme des coûts et des avantages, en ce sens que cela peut être problématique lorsque les avantages reviennent à la branche de production nationale, alors que les coûts sont supportés par le produit importé. Cependant, nous ne voyons pas la présente affaire sous cet angle.

5. Nous notons qu'une autre manière d'examiner le type de questions qui se posent en l'espèce est de le faire sous l'angle de la concurrence en matière de réglementation. Des Membres différents ont des réglementations différentes. Certaines sont plus contraignantes que d'autres. Cela peut affecter les échanges et les Membres peuvent être en désaccord sur le point de savoir si la charge réglementaire imposée par un autre Membre est nécessaire. Toutefois, nous attirons de nouveau l'attention sur le fait que le recours du Mexique ne vise pas directement la suppression de coûts additionnels résultant de la mesure des États-Unis. En fait, la plainte du Mexique est que les mêmes coûts devraient être imposés à tous les autres. Dans ce type de situation, nous nous demandons s'il n'est pas pertinent, aux fins de l'évaluation de tels arguments, de savoir si le Membre plaignant *lui-même* impose ou non de tels coûts à tous les autres.

2. Repérage et vérification

6. L'UE fait référence aux observations qu'elle a déjà formulées au sujet des prescriptions concernant la certification. Notre capacité à formuler des observations plus précises est considérablement entravée par le fait que, dans la version du rapport du Groupe spécial qui a été distribuée aux Membres, il y a de nombreux cas où des renseignements dont il était allégué qu'ils étaient confidentiels ont été en grande partie supprimés. De plus, nous replaçons cette question dans le contexte plus large des droits des tierces parties dans la procédure de groupe spécial. Nous demandons spécifiquement à l'Organe d'appel d'examiner ce point dans son rapport.

7. Passant au fond de la question, nous notons que le Groupe spécial estime que les explications fournies par les États-Unis ne révèlent aucun "lien rationnel" entre l'objectif de la mesure et les prescriptions concernant le repérage et la vérification. Dans le même temps, le Groupe spécial dit qu'il ne laisse pas entendre qu'il ne pourrait pas y avoir de raison expliquant ces différences. Nous estimons que l'existence d'une analyse coûts-avantages raisonnable pourrait étayer l'affirmation selon laquelle une mesure est impartiale, en particulier si cette analyse tenait compte d'une manière impartiale des coûts pour les intérêts commerciaux étrangers et nationaux, ainsi que des coûts résultant pour les consommateurs des États-Unis de la hausse du prix du thon *Dolphin Safe*.

B. Allégations du Mexique

1. La mesure dans son ensemble

8. La mesure et l'ensemble de distinctions réglementaires visées par la plainte (considérées dans le contexte de la mesure dans son ensemble) représentent la même chose d'un point de vue conceptuel. En l'espèce, le Mexique s'est plaint de trois distinctions réglementaires: l'admissibilité; la certification; et le repérage et la vérification. Nous pensons comme lui qu'un groupe spécial doit déterminer si la mesure (c'est-à-dire l'ensemble de distinctions réglementaires visées par la plainte, et non une seule de ces distinctions considérée isolément) cause ou non un effet préjudiciable. Nous pensons aussi comme le Mexique qu'en l'espèce les trois facteurs sur lesquels la constatation initiale de l'existence d'un effet préjudiciable était fondée n'ont pas changé. Nous pensons également comme le Mexique que, si un groupe spécial constate l'existence d'un effet préjudiciable, il doit ensuite examiner si la mesure est ou non impartiale. Nous convenons qu'à cet égard un groupe spécial est en droit d'examiner les distinctions réglementaires une par une et/ou collectivement.

9. Cependant, si un groupe spécial constate que l'une des distinctions réglementaires (en l'espèce, l'admissibilité) ne démontre pas l'existence d'un manque d'impartialité, alors nous pensons que la distinction réglementaire n'est plus problématique du point de vue du droit de l'OMC et ne devrait pas être visée par les constatations et conclusions du groupe spécial. Par conséquent, si le Groupe spécial a eu raison de constater que les critères d'admissibilité ne démontreraient pas l'existence d'un manque d'impartialité (point que nous examinons ci-après), alors nous pensons qu'il est correct que les critères d'admissibilité ne fassent pas partie de la décision finale défavorable. Pour dire les choses autrement, la mesure jugée incompatible avec les règles de l'OMC est constituée des deuxième (certification) et troisième (repérage et vérification) distinctions réglementaires. Nous notons la tentative du Mexique pour faire entrer les critères d'admissibilité dans le concept de la mesure, *même s'il* était constaté en fin de compte que la distinction réglementaire relative à l'admissibilité est équitable. Nous ne souscrivons pas à cette idée.

2. Admissibilité

10. Nous ne considérons pas qu'il soit "interdit" aux Membres, sur le plan de la compétence, de formuler des allégations et arguments particuliers dans une procédure de mise en conformité, en fonction de ce qui s'est passé dans la procédure initiale. En même temps, nous estimons bien que les juges de la mise en conformité sont censés tenir compte des constatations formulées dans la procédure initiale. Nous ne souscrivons pas à l'affirmation du Mexique selon laquelle "il n'est pas possible de comparer les nombres bruts de dauphins tués [ou blessés] dans différentes pêcheries". Nous pensons qu'une mesure peut et, en fait, doit être adaptée ou ajustée en fonction des caractéristiques de la région d'origine du produit. En outre, nous ne souscrivons pas à l'affirmation du Mexique selon laquelle la charge de *générer* des éléments de preuve concluants à cet égard incombe à l'autorité qui réglemente. Nous trouvons des éléments contextuels étayant ces thèses dans l'article 5:7 de l'Accord SPS et l'article 2.3 de l'Accord OTC.

3. Certification

11. D'après notre expérience, les certifications des capitaines constituent un pilier du système global. Certaines infractions sont *signalées*, mais il apparaîtrait qu'elles constituent l'exception et non la règle. À cet égard, il nous apparaît que l'évaluation du Groupe spécial est raisonnable. Comme le Groupe spécial, nous serions indécis quant aux "importantes implications" qu'aurait le fait d'entamer la marge de manœuvre réglementaire des Membres en partant du principe que les certifications des capitaines sont foncièrement peu fiables.

ANNEXE C-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU JAPON
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS****I. Critère juridique dans le cadre de la deuxième étape visée à l'article 2.1 de l'Accord OTC**

1. Au lieu de suivre le critère énoncé par l'Organe d'appel, la majorité du Groupe spécial a centré son examen sur la question de savoir si l'effet préjudiciable pouvait être concilié avec la politique générale poursuivie par la mesure ou s'il était rationnellement lié à cette politique.¹ Le Japon pense que la question de savoir si les distinctions réglementaires causant les effets préjudiciables sont adaptées en fonction des risques auxquels elles cherchent à remédier est une question essentielle pour la détermination de l'impartialité au regard de l'article 2.1. Il encourage l'Organe d'appel à identifier les risques auxquels chacune des distinctions réglementaires prévues par la mesure modifiée cherche à remédier et à examiner si chaque distinction réglementaire est "adaptée" en fonction de ces risques.

II. Critère de la "flexibilité suffisante" dans le cadre de la deuxième étape visée à l'article 2.1 de l'Accord OTC et du texte introductif de l'article XX du GATT

2. La mesure en cause concerne un procédé ou une méthode de production (PMP) comme dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Le Japon estime par conséquent que la "discrimination arbitraire ou injustifiable" dans le cadre du texte introductif de l'article XX et de la deuxième étape de l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC aurait pu être examinée selon l'approche adoptée pour la "discrimination arbitraire et injustifiable" dans le cadre du texte introductif de l'article XX dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, où l'Organe d'appel est convenu que "subordonner l'accès au marché à l'adoption d'un programme *comparable du point de vue de l'efficacité* permettait une flexibilité suffisante dans l'application de la mesure afin d'éviter une "discrimination arbitraire ou injustifiable"².

III. Interprétation du membre de phrase "où les mêmes conditions existent" figurant dans le texte introductif de l'article XX du GATT

3. S'agissant des critères d'admissibilité, il apparaît que le Groupe spécial et les États-Unis sont du même avis, à savoir que le "type de dommage" causé par les deux méthodes de pêche différentes constitue la "condition"³ pertinente. Le Japon estime que les "conditions" pertinentes sont ce qui rendrait la distinction ou la discrimination "comparable" aux fins de l'examen effectué au titre du texte introductif. C'est donc la présence, et non le niveau, des risques auxquels les mesures en question cherchent à remédier qui devrait être la "condition" pertinente. En outre, amalgamer la cause de la distinction réglementaire avec la "condition" pertinente aboutira toujours à une constatation de l'existence de conditions dissemblables.

IV. Critère juridique prévu à l'article III:4 du GATT

4. Le Japon continue de penser que l'évaluation du traitement moins favorable *de facto* au regard de l'article III:4 du GATT devrait être effectuée conformément au critère en deux étapes élaboré par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC. L'application de critères différents donne des résultats absurdes.

¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.91 et 7.390.

² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphe 144.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.584.

ANNEXE C-4

**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA NOUVELLE-ZÉLANDE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS**

La Nouvelle-Zélande se félicite de l'occasion qui lui est offerte d'exposer ses vues sur les questions en cause dans l'appel concernant le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité. Dans la présente communication, elle attire l'attention sur trois questions concernant cet appel. Premièrement, pour déterminer la conformité d'une mesure de mise en œuvre au regard du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémorandum d'accord), un groupe spécial est tenu d'examiner la mesure "dans son ensemble". Deuxièmement, s'agissant de l'approche du "traitement non moins favorable" visé à l'article 2.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC), la Nouvelle-Zélande estime que le prétendu "critère de l'adaptation" fait simplement partie de l'évaluation du point de savoir si la distinction réglementaire est impartiale et n'est pas un "critère distinct". Troisièmement, de l'avis de la Nouvelle-Zélande, il serait déraisonnable de la part des États-Unis d'imposer des prescriptions concernant les observateurs aux autres pays qui pratiquent la pêche au thon dans d'autres parties du monde où le risque de mortalité des dauphins est, du fait de méthodes de pêche différentes, différent de celui qui existe dans les eaux tropicales du Pacifique Est (ETP).

ANNEXE D

DÉCISION PROCÉDURALE

Table des matières		Page
Annexe D	Décision procédurale du 21 juillet 2015 concernant la modification des dates de l'audience	D-2

ANNEXE D**DÉCISION PROCÉDURALE DU 21 JUILLET 2015**

1.1 Le 13 juillet 2015, la section connaissant du présent appel a informé les participants et les participants tiers que l'audience aurait lieu les 7-8 septembre 2015. La programmation de l'audience dans le cadre du présent appel était coordonnée avec les plans de travail relatifs aux autres procédures simultanément engagées devant l'Organe d'appel, qui concernaient en particulier les affaires *Chine – Mesures imposant des droits antidumping sur les tubes, sans soudure, en acier inoxydable haute performance ("HP-SSST") en provenance du Japon (DS454)* et *Chine – Mesures imposant des droits antidumping sur les tubes, sans soudure, en acier inoxydable haute performance ("HP-SSST") en provenance de l'Union européenne (DS460)*.

1.2. Le 15 juillet 2015, la section a reçu du Mexique une lettre dans laquelle celui-ci demandait que l'audience ne soit pas programmée pour les 7-8 septembre 2015 parce qu'un membre essentiel de son équipe chargée du différend n'était pas disponible à ces dates. Le Mexique affirmait que la participation à l'audience avec une équipe de juristes réduite aurait une incidence sur sa capacité de présenter de manière adéquate ses arguments à l'Organe d'appel. Il demandait à la section de modifier la date de l'audience en fixant une date soit antérieure soit postérieure aux 7-8 septembre 2015. Il lui demandait en outre de prendre en compte le fait que la même équipe de juristes le représenterait à l'audience dans l'affaire *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) (recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends) (DS386)*, prévue pour les 15-16 septembre 2015. Le Mexique suggérait donc que la section reporte l'audience dans le cadre du présent appel pour tenir celle-ci, par exemple, les 3-4 septembre ou les 21-22 septembre 2015.

1.3. Le 16 juillet 2015, la section a écrit aux États-Unis et aux participants tiers pour leur demander leur avis sur la demande du Mexique. Le 16 juillet, des observations ont été reçues de l'Union européenne et, le 17 juillet, des observations ont été reçues du Japon et des États-Unis.

1.4. Dans leurs observations, ni les États-Unis ni aucun des participants tiers n'ont fait objection à la demande du Mexique, du moins pour ce qui était des dates proposées des 21-22 septembre. Comme le Mexique, les États-Unis souhaitaient éviter qu'une audience soit tenue pendant la semaine commençant le 14 septembre 2015, car ils avaient eux aussi des membres de la même équipe de juristes qui participaient à la fois à la présente procédure et à la procédure concernant l'affaire *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)*. Ils ont indiqué que, s'il n'était pas possible de déplacer les dates d'audience à la semaine commençant le 21 septembre 2015, ils préféreraient conserver les dates des 7-8 septembre 2015 prévues actuellement. Ils n'étaient pas favorables à la tenue de l'audience les 3-4 septembre, car eux-mêmes rencontraient des problèmes de calendrier.

1.5. L'Union européenne a fait part de sa flexibilité quant aux autres dates proposées par le Mexique, mais a dit qu'elle préférerait éviter qu'une audience soit tenue les 14-17 septembre 2015 parce que ses juristes dans le présent appel devaient participer à des audiences dans le cadre de deux autres affaires à ces dates. Elle était d'avis que les demandes de changement de dates dans un plan de travail devraient être examinées au cas par cas, et a indiqué que les éléments suivants étaient potentiellement pertinents pour la décision d'accepter ou de rejeter ces demandes: i) combien de temps à l'avance les dates de l'audience avaient été connues; ii) la nature du problème de calendrier; iii) la capacité des Membres, y compris les pays en développement Membres, de s'occuper de plusieurs différends en même temps; et iv) les propres contraintes en matière de ressources et exigences de calendrier de l'Organe d'appel. L'Union européenne estimait que l'Organe d'appel était le mieux placé pour soupeser et mettre en balance ces différentes considérations.

1.6. Le Japon n'a pas formulé d'observations sur les dates spécifiques proposées par le Mexique. Il a toutefois noté que les dates d'audience communiquées par l'Organe d'appel, ainsi que les autres dates suggérées par le Mexique, se situaient toutes en dehors du délai prescrit par l'article 17:5 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord) et par la règle 27 des Procédures de travail pour l'examen en

appel (Procédures de travail). Le Japon a indiqué qu'il croyait comprendre que la section fournirait, de toute façon, une explication suffisante quant aux dates d'audience qu'elle fixerait.

1.7. Pour examiner la demande du Mexique, nous rappelons que la règle 16 2) des Procédures de travail dispose ce qui suit:

Dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le strict respect d'un délai prévu dans les présentes règles entraînerait une iniquité manifeste, une partie au différend, un participant, une tierce partie ou un participant tiers pourra demander qu'une section modifie un délai prévu dans les présentes règles pour le dépôt des documents ou la date prévue dans le plan de travail pour l'audience. Dans les cas où une section accédera à une telle demande, toute modification de délai ou de date sera notifiée aux parties au différend, aux participants, aux tierces parties et aux participants tiers dans un plan de travail révisé.

1.8. Le Mexique dit que participer à l'audience avec une équipe de juristes réduite nuirait à sa capacité de présenter de manière adéquate ses arguments à l'Organe d'appel. Nous reconnaissons que, suivant un principe général, le droit d'un Membre de défendre correctement sa cause joue un rôle important dans l'exercice de ses droits au titre du Mémorandum d'accord.

1.9 Nous observons en outre que le système de règlement des différends de l'OMC connaît à l'heure actuelle un fort niveau d'activité, ce qui peut être astreignant pour les Membres de l'OMC qui participent à plusieurs procédures parallèles. Dans ces circonstances, la capacité d'un Membre de participer efficacement à toutes ces procédures peut être amoindrie, surtout si ce Membre est un pays en développement. Par ailleurs, il peut être d'autant plus difficile pour un Membre de gérer des ressources limitées affectées à plusieurs différends que les délais dans les procédures d'appel sont fixés indépendamment des délais dans d'autres phases des procédures de règlement des différends à l'OMC dans d'autres affaires.

1.10 Dans les circonstances du présent appel, nous jugeons pertinent le fait qu'au moins certains membres des équipes de juristes représentant les participants au présent appel représentent également les parties dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 22:6 – États-Unis)* et qu'une audience dans le cadre de cette procédure d'arbitrage est prévue pour les 15-16 septembre 2015. Nous notons en outre que ni les États-Unis ni aucun participant tiers à la présente procédure ne se sont opposés à la demande du Mexique de reporter l'audience aux 21-22 septembre 2015, ou n'ont laissé entendre que la tenue de l'audience à ces dates porterait atteinte à leurs droits en matière de régularité de la procédure.

1.11 Compte tenu des circonstances particulières du présent appel, et à la lumière des considérations exposées plus haut, prises conjointement, nous considérons que le Mexique a identifié des circonstances exceptionnelles qui justifient la modification des dates de l'audience. Nous décidons donc de modifier le plan de travail dans le cadre du présent appel et de tenir l'audience les 21-22 septembre 2015.

1.12 Un plan de travail révisé est joint à la présente décision.
