

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS58/AB/R
12 octobre 1998

(98-3899)

Original: anglais

**ÉTATS-UNIS – PROHIBITION À L'IMPORTATION DE
CERTAINES CREVETTES ET DE CERTAINS
PRODUITS À BASE DE CREVETTES**

AB-1998-4

Rapport de l'Organe d'appel

I.	Introduction: Exposé de l'appel.....	1
II.	Arguments des participants et des participants tiers.....	6
A.	<i>Allégations d'erreur formulées par les États-Unis - Appellant</i>	6
1.	Renseignements non demandés émanant d'organisations non gouvernementales	6
2.	Article XX du GATT de 1994.....	6
B.	<i>Inde, Pakistan et Thaïlande – Intimés agissant conjointement</i>	13
1.	Renseignements non demandés émanant d'organisations non gouvernementales	13
2.	Article XX du GATT de 1994.....	14
C.	<i>Malaisie – Intimé</i>	19
1.	Renseignements non demandés émanant d'organisations non gouvernementales	19
2.	Article XX du GATT de 1994.....	20
D.	<i>Arguments des participants tiers</i>	21
1.	Australie.....	21
2.	Équateur	24
3.	Communautés européennes.....	25
4.	Hong Kong, Chine.....	28
5.	Nigéria	29
III.	Questions et décisions concernant la procédure.....	30
A.	<i>Admissibilité des interventions d'organisations non gouvernementales jointes à la communication des États-Unis en tant qu'appellant</i>	30
B.	<i>Caractère suffisant de la déclaration d'appel</i>	34
IV.	Questions soulevées dans le présent appel.....	37
V.	Procédure du Groupe spécial et renseignements non demandés	37
VI.	Évaluation de l'article 609 au titre de l'article XX du GATT de 1994	42
A.	<i>Constatations et analyse interprétative du Groupe spécial</i>	43
B.	<i>Article XX g): Justification provisoire de l'article 609</i>	50
1.	"ressources naturelles épuisables"	50
2.	"se rapportant à la conservation des [ressources naturelles épuisables]"	55
3.	"si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales"	58

C.	<i>Clauses introductives de l'article XX: Examen de l'article 609 au regard des critères énoncés dans le texte introductif</i>	59
1.	Observations générales	60
2.	"Discrimination injustifiable"	68
3.	"Discrimination arbitraire"	78
VII.	Constatations et conclusions	82

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes

États-Unis, *appelant*
Inde, Malaisie, Pakistan, Thaïlande, *Intimés*

Australie, Communautés européennes, Équateur,
Hong Kong Chine, Mexique et Nigéria,
participants tiers

AB-1998-4

Présents:

Feliciano, Président de la section
Bacchus, membre
Lacarte-Muró, membre

I. Introduction: Exposé de l'appel

1. Les États-Unis font appel de certaines questions de droit et interprétations du droit qui figurent dans le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevette*.¹ À la suite d'une demande de consultations présentée conjointement par l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande le 8 octobre 1996², la Malaisie et la Thaïlande, dans une communication datée du 9 janvier 1997³, et le Pakistan, dans une communication datée du 30 janvier 1997⁴, ont demandé que l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") établisse un groupe spécial pour examiner leur plainte concernant une prohibition imposée par les États-Unis à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes au titre de l'article 609 de la Loi générale n° 101-162⁵ ("l'article 609") et de règlements et décisions judiciaires connexes. Le 25 février 1997, l'ORD a établi deux groupes spéciaux conformément à ces demandes et est convenu que ces groupes spéciaux seraient regroupés en un seul groupe spécial, en application de l'article 9 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord"), doté du mandat type.⁶ Le 10 avril 1997, l'ORD a établi un autre groupe spécial doté du mandat type conformément à une

¹ WT/DS58/R, 15 mai 1998.

² WT/DS58/1, 14 octobre 1996.

³ WT/DS58/6, 10 janvier 1997.

⁴ WT/DS58/7, 7 février 1997.

⁵ 16 Code des États-Unis (USC) paragraphe 1537.

⁶ WT/DSB/M/29, 26 mars 1997.

demande présentée par l'Inde dans une communication datée du 25 février 1997⁷, et est convenu que ce troisième groupe spécial serait aussi regroupé avec le groupe spécial déjà établi le 25 février 1997.⁸ Le rapport remis par le Groupe spécial regroupé a été distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 15 mai 1998.

2. Les aspects factuels et réglementaires pertinents du différend sont exposés dans le rapport du Groupe spécial, en particulier aux paragraphes 2.1 à 2.16. Ici, nous décrivons la mesure des États-Unis en cause devant le Groupe spécial et dans la présente procédure d'appel. Les États-Unis ont publié en 1987, en application de la Loi de 1973 sur les espèces menacées d'extinction⁹, des règlements obligeant tous les crevettiers des États-Unis à utiliser des dispositifs d'exclusion des tortues marines ("DET") approuvés ou de réduire le temps de chalutage dans des zones déterminées où la mortalité des tortues marines dans les chaluts à crevettes était élevée.¹⁰ Ces règlements, qui sont entrés en vigueur en 1990, ont été modifiés de façon à rendre obligatoire l'utilisation des DET en toute saison et en tout lieu lorsque le chalutage de la crevette risque d'avoir une incidence significative sur les tortues marines, certaines exceptions limitées étant prévues.

3. L'article 609 a été adopté le 21 novembre 1989. En vertu de l'article 609 a), le Secrétaire d'État des États-Unis, en consultation avec le Secrétaire du commerce, entre autres choses, "entame dès que possible des négociations en vue d'élaborer avec d'autres pays des accords bilatéraux ou multilatéraux pour la protection et la conservation ... de[s] tortues marines" et "entame dès que possible des négociations avec tous les gouvernements de pays étrangers qui participent, ou dont des ressortissants ou des sociétés participent, à des opérations de pêche commerciale qui, d'après la détermination du Secrétaire au commerce, sont susceptibles de nuire à ces espèces de tortues marines, en vue de conclure avec lesdits pays des traités bilatéraux et multilatéraux visant à protéger ces espèces de tortues marines; ...". L'article 609 b) 1) impose, à compter du 1^{er} mai 1991 au plus tard, une interdiction d'importer les crevettes pêchées avec des techniques de pêche commerciale susceptibles de nuire aux tortues marines. L'article 609 b) 2) dispose que l'interdiction d'importer des crevettes ne s'applique pas aux pays de pêche qui sont certifiés. Deux types de certifications annuelles sont requises pour les pays de pêche, dont les détails ont été arrêtés dans des directives en matière de

⁷ WT/DS58/8, 4 mars 1997.

⁸ WT/DSB/M/31, 12 mai 1997.

⁹ Loi générale n° 93-205, 16 U.S.C. paragraphe 1531 et suivants.

¹⁰ 52 Fed. Reg. 24244, 29 juin 1987 (les "règlements de 1987"). Cinq espèces de tortues marines relevaient de ces règlements: la caouanne (*Caretta caretta*), la tortue bâtarde (*Lepidochelys kempfi*), la tortue verte (*Chelonia mydas*), la tortue luth (*Dermochelys coriacea*) et le caret (*Eretmochelys imbricata*).

réglementation en 1991, 1993 et 1996¹¹: premièrement, sont certifiés les pays dont l'environnement halieutique ne comporte pas une menace de prise accidentelle de tortues marines lors de la pêche à la crevette.¹² En vertu des Directives de 1996, le Département d'État "certifie tout pays de pêche satisfaisant aux critères ci-après sans qu'une action de la part du gouvernement du pays de pêche ne soit nécessaire: a) tout pays de pêche dont les eaux relevant de sa juridiction sont totalement dépourvues des espèces de tortues marines concernées; b) tout pays qui pêche la crevette exclusivement par des moyens qui ne menacent pas les tortues marines, par exemple, tout pays pêchant la crevette exclusivement par des moyens artisanaux; c) tout pays pratiquant des opérations commerciales de chalutage de la crevette exclusivement dans les eaux soumises à sa juridiction où l'on ne rencontre pas de tortues marines."¹³

4. Deuxièmement, la certification est accordée aux pays de pêche qui fournissent la preuve documentaire qu'ils ont adopté un programme de réglementation régissant la prise accidentelle de tortues marines lors du chalutage des crevettes qui est comparable à celui des États-Unis *et* dont les bateaux ont un taux moyen de prises accidentelles comparable à celui des bateaux des États-Unis.¹⁴ Conformément aux Directives de 1996, le Département d'État évalue le programme de réglementation du pays de pêche et accorde la certification si le programme prévoit ce qui suit: i) les DET utilisés doivent être "comparables", du point de vue de l'efficacité, à ceux qui sont utilisés aux États-Unis. Les exceptions à cette prescription doivent être comparables à celles qui sont prévues dans le programme des États-Unis "; et ii) "un effort crédible en matière d'application comprenant la surveillance des moyens de faire respecter les mesures et des sanctions appropriées".¹⁵ Le programme de réglementation peut revêtir la forme de règlements ou, dans certaines circonstances, d'un arrangement volontaire entre l'industrie et les pouvoirs publics.¹⁶ Les autres mesures que le pays de pêche met en œuvre pour protéger les tortues marines seront aussi prises en compte aux fins de la détermination de la comparabilité.¹⁷ Le taux moyen des prises accidentelles "sera réputé comparable

¹¹ Ci-après dénommées les "Directives de 1991" (56 Federal Register 1051, 10 janvier 1991), les "Directives de 1993" (58 Federal Register 9015, 18 février 1993) et les "Directives de 1996" (61 Federal Register 17342, 19 avril 1996), respectivement.

¹² Article 609 b) 2) C).

¹³ Directives de 1996, page 17343.

¹⁴ Article 609 b) 2) A) et B).

¹⁵ Directives de 1996, page 17344.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

si le pays de pêche impose l'utilisation de DET d'une façon comparable à celle qui est prévue dans le programme des États-Unis ...".¹⁸

5. Les Directives de 1996 disposent que toutes les crevettes importées aux États-Unis doivent être accompagnées d'une déclaration d'exportateur de crevettes attestant qu'il s'agit de crevettes pêchées soit dans des eaux d'un pays actuellement certifié au titre de l'article 609 soit "dans des conditions qui ne mettent pas en danger les tortues marines", à savoir: a) "les crevettes pêchées dans des installations de pisciculture dans lesquelles elles ont passé au moins 30 jours en bassin"; b) "les crevettes pêchées par des crevettiers opérant à l'échelle commerciale équipés de DET comparables, du point de vue de leur efficacité, à ceux qui sont obligatoires aux États-Unis"; c) "les crevettes pêchées exclusivement par des moyens qui n'impliquent pas de relever les filets de pêche par des systèmes mécaniques, ou par des bateaux équipés de dispositifs qui, conformément au programme des États-Unis ... ne nécessitent pas d'utiliser des DET"; et d) "des espèces de crevettes, telles que les crevettes pandalides, pêchées dans des zones où il n'y a pas de tortues marines".¹⁹ Le 8 octobre 1996, le Tribunal du commerce international des États-Unis a décidé que les Directives de 1996 contrevenaient à l'article 609 en autorisant, sur présentation d'une déclaration d'exportateur de crevettes, les importations de crevettes en provenance de pays non certifiés, si celles-ci étaient pêchées avec des moyens techniques de pêche commerciale qui ne nuisaient pas aux tortues marines.²⁰ Dans une décision du 25 novembre 1996, le Tribunal du commerce international des États-Unis a précisé que les crevettes pêchées par des méthodes manuelles, qui ne nuisaient pas aux tortues marines, pouvaient continuer d'être importées des pays non certifiés.²¹ Le 4 juin 1998, la Cour d'appel du circuit fédéral a annulé les décisions du Tribunal du commerce international des États-Unis des 8 octobre et 25 novembre 1996.²² Dans la pratique, toutefois, l'exemption de l'interdiction d'importer prévue pour les crevettes pêchées au moyen de TED en provenance de pays non certifiés n'existait pas au moment où le Groupe spécial et nous-mêmes étions saisis du différend.²³

¹⁸ Directives de 1996, page 17344.

¹⁹ Directive de 1996, page 17343.

²⁰ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 942 Fed. Supp. 597 (CIT 1996).

²¹ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 948 Fed. Supp. 1062 (CIT 1996).

²² 1998 U.S. App. Lexis 11789.

²³ Réponse des États-Unis à une question posée à l'audience.

6. Les Directives de 1991 limitaient le champ d'application de l'interdiction d'importer imposée par l'article 609 aux pays de la région des Caraïbes/de l'Atlantique Ouest²⁴, et accordaient à ces pays une période de trois ans pour la mise en place progressive. Les Directives de 1993 ont maintenu cette limitation géographique. Le 29 décembre 1995, le Tribunal du commerce international des États-Unis a constaté que les Directives de 1991 et de 1993 contrevenaient à l'article 609 dans la mesure où elles limitaient la portée géographique dudit article aux crevettes pêchées dans la région des Caraïbes/de l'Atlantique Ouest, et a donné pour instructions au Département d'État d'étendre l'interdiction au monde entier le 1^{er} mai 1996 au plus tard.²⁵ Le 10 avril 1996, le Tribunal du commerce international des États-Unis a rejeté une demande du Département d'État à l'effet de repousser l'échéance du 1^{er} mai 1996.²⁶ Le 19 avril 1996, les États-Unis ont publié les Directives de 1996, qui étendaient à compter du 1^{er} mai 1996 l'application de l'article 609 aux crevettes pêchées dans *tous* les pays étrangers.

7. Dans son rapport, le Groupe spécial est parvenu aux conclusions suivantes:

À la lumière des constatations faites plus haut, nous concluons que l'interdiction d'importer des crevettes et produits à base de crevettes appliquée par les États-Unis sur la base de l'article 609 de la Loi générale n° 101-162 n'est pas compatible avec l'article XI:1 du GATT de 1994 et ne peut pas être justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994.²⁷

Le Groupe spécial a formulé la recommandation suivante:

Le Groupe spécial *recommande* que l'Organe de règlement des différends demande aux États-Unis de mettre cette mesure en conformité avec leurs obligations au titre de l'Accord sur l'OMC.²⁸

8. Le 13 juillet 1998, les États-Unis ont notifié à l'ORD leur décision de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du Mémoire d'accord, et ont déposé une déclaration d'appel²⁹ auprès de l'Organe d'appel conformément à la règle 20 des

²⁴ En particulier, le Mexique, le Belize, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Costa Rica, le Panama, la Colombie, le Venezuela, la Trinité-et-Tobago, le Guyana, le Suriname, la Guyane française et le Brésil.

²⁵ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 913 Fed. Supp. 559 (CIT 1995).

²⁶ *Earth Island Institute v. Warren Christopher*, 922 Fed. Supp. 616 (CIT 1996).

²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1.

²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.

²⁹ WT/DS58/11, 13 juillet 1998.

Procédures de travail pour l'examen en appel. Le 23 juillet 1998, les États-Unis ont déposé une communication en tant qu'appelant.³⁰ Le 7 août 1998, l'Inde, le Pakistan et la Thaïlande (les "intimés agissant conjointement") ont déposé une communication en tant qu'intimés agissant conjointement et la Malaisie a déposé une communication distincte en tant qu'intimé.³¹ Le même jour, l'Australie, les Communautés européennes, l'Équateur, Hong Kong Chine et le Nigéria ont déposé des communications distinctes en tant que participants tiers.³² À l'invitation de l'Organe d'appel, les États-Unis, l'Inde, le Pakistan, la Thaïlande et la Malaisie ont déposé, le 17 août 1998, des communications additionnelles concernant certaines questions découlant de l'article XX b) et XX g) du GATT de 1994. L'audience a eu lieu les 19 et 20 août 1998. Les participants et les participants tiers ont présenté leurs arguments oralement et répondu aux questions qui leur étaient posées par les membres de la section connaissant de l'appel.

II. Arguments des participants et des participants tiers

A. Allégations d'erreur formulées par les États-Unis – Appelant

1. Renseignements non demandés émanant d'organisations non gouvernementales

9. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a commis une erreur en constatant qu'il ne pouvait pas accepter des communications non demandées émanant d'organisations non gouvernementales. Selon eux, rien dans le Mémoire d'accord n'interdit aux groupes spéciaux de prendre en compte des renseignements simplement parce que ceux-ci n'ont pas été demandés. L'article 13:2 du Mémoire d'accord est rédigé en termes généraux de façon à permettre à un groupe spécial de choisir ses sources d'information. Lorsqu'une organisation non gouvernementale présente une communication à un groupe spécial, l'article 13:2 du Mémoire d'accord autorise le groupe spécial à "demander" de tels renseignements. Considérer les choses autrement limiterait indûment la marge de manœuvre que le Mémoire d'accord laisse aux groupes spéciaux pour ce qui est du choix des sources d'information à prendre en compte.

2. Article XX du GATT de 1994

10. De l'avis des États-Unis, le Groupe spécial a commis une erreur en constatant que l'article 609 n'entrait pas dans le champ de l'article XX. Les États-Unis soulignent que, suivant les constatations

³⁰ Conformément à la règle 21 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*.

³¹ Conformément à la règle 22 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*.

³² Conformément à la règle 24 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*.

de fait du Groupe spécial et les faits non contestés versés au dossier, l'article 609 entre dans le champ du texte introductif de l'article XX et de l'article XX g) ou, à défaut, de l'article XX b) du GATT de 1994. Le Groupe spécial a également commis une erreur en constatant que l'article 609 constitue une "discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent". Le Groupe spécial interprète le texte introductif de l'article XX comme imposant aux groupes spéciaux de déterminer si une mesure constitue une "menace pour le système commercial multilatéral". Cette interprétation de l'article XX n'a aucun fondement dans le texte du GATT de 1994, n'a jamais été adoptée dans un rapport antérieur d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel et amoindrirait de façon inadmissible les droits que les Membres de l'OMC ont réservés au titre de l'article XX.

11. Les États-Unis affirment que les constatations du Groupe spécial ne sont pas fondées sur le sens ordinaire et le contexte de l'expression "discrimination injustifiable". Cette expression soulève la question de savoir si une discrimination particulière est "justifiable". Pendant la procédure du Groupe spécial, les États-Unis ont indiqué que l'article 609 avait pour objet de soumettre à restriction les importations de crevettes en provenance de certains pays et non d'autres: les tortues marines sont menacées d'extinction dans le monde entier; la plupart des pays, y compris les intimés, reconnaissent l'importance que revêt la conservation des tortues marines; et les chaluts à crevettes qui n'utilisent pas de DET contribuent grandement à mettre en péril les tortues marines. Dans ces conditions, il est raisonnable et justifiable que l'article 609 fasse une différence entre les pays dont l'industrie de la crevette opère sans DET, mettant ainsi en danger les tortues marines, et les pays dont l'industrie de la crevette utilise des DET pendant les opérations de pêche.

12. Les États-Unis pensent que le Groupe spécial n'a pas examiné la question pour laquelle ils font une distinction entre les pays qui pêchent la crevette. En fait, le Groupe spécial a posé une question différente: la mesure prise par les États-Unis et les mesures similaires prises par d'autres pays "porteraient-elles atteinte au système commercial multilatéral"? La distinction entre la "discrimination injustifiable" - l'expression utilisée dans le GATT de 1994 - et le critère de la "menace pour le système commercial multilatéral" utilisé par le Groupe spécial est déterminante, selon les États-Unis, et ressort clairement du paragraphe 7.61 du rapport du Groupe spécial, où le Groupe spécial dit ce qui suit: "même si la situation des tortues est grave, nous considérons que les États-Unis ont adopté des mesures qui, quel que soit leur objectif environnemental, constituaient manifestement une menace pour le système commercial multilatéral ... ". Un objectif environnemental est fondamental pour l'application de l'article XX et il ne peut pas être négligé, étant donné en particulier que le préambule de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*³³ (*"Accord sur l'OMC"*) reconnaît que les règles commerciales devraient être conformes "à l'objectif

³³ Fait à Marrakech le 15 avril 1994.

de développement durable" en vue "de protéger et préserver l'environnement". En outre, l'article XX ne définit ni ne mentionne le "système commercial multilatéral", ni ne subordonne le droit d'un Membre d'adopter une mesure restreignant les échanges à d'hypothétiques effets sur ce système.

13. En adoptant son analyse de la "menace pour le système commercial multilatéral", le Groupe spécial n'applique pas le sens ordinaire du texte, à savoir déterminer si une justification peut être présentée pour l'application d'une mesure d'une façon qui constitue une discrimination. Au lieu de cela, le Groupe spécial étend le sens ordinaire du texte qui englobe ainsi un examen beaucoup plus vaste et plus subjectif. Il s'ensuit que le Groupe spécial ajouterait une obligation entièrement nouvelle au titre de l'article XX du GATT de 1994: les Membres ne pourraient pas adopter des mesures qui auraient certains effets sur le système commercial. Suivant le sens ordinaire du texte, il existe une justification suffisante pour une mesure de conservation de l'environnement si un objectif de conservation justifie une différence de traitement entre les Membres. Un examen plus approfondi des effets sur le système commercial est injustifié et inopportun

14. De l'avis des États-Unis, le Groupe spécial omet aussi de prendre en compte le contexte de l'expression "discrimination injustifiable". Le texte introductif de l'article XX indique que ce texte devait empêcher l'application abusive des exceptions dans un but protectionniste ou à d'autres fins discriminatoires. Cela est compatible avec l'approche suivie par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*³⁴ ("*États-Unis - Essence*") et avec les travaux préparatoires du GATT de 1947. Dans ce contexte, une prétendue "discrimination entre les pays où les mêmes conditions existent" n'est pas "injustifiable" dès lors que l'objectif général de l'exception au titre de l'article XX qui est appliquée fonde la justification.

15. Dans le contexte du système de règlement des différends du GATT/de l'OMC, on peut s'attendre à ce que les mesures relevant de l'article XX entraînent une réduction de l'accès aux marchés ou un traitement discriminatoire. Interpréter la prohibition de la "discrimination injustifiable" énoncée dans le texte introductif de l'article XX comme excluant les mesures qui entraînent une "réduction de l'accès aux marchés" ou un "traitement discriminatoire" aurait pour effet de faire disparaître l'article XX du GATT de 1994. L'analyse de la "menace pour le système commercial multilatéral" faite par le Groupe spécial confond de façon erronée la question de savoir si une mesure réduit l'accès aux marchés avec l'autre question distincte qui se pose au regard du texte introductif – savoir si cette mesure est néanmoins "justifiable" au titre d'une des exceptions générales prévues à l'article XX. Ce qu'il faut examiner au regard du texte introductif de l'article XX, c'est le point de savoir si une raison non protectionniste, comme une raison fondée sur l'objectif général de

³⁴ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

l'exception applicable au titre de l'article XX, pourrait justifier une discrimination résultant de la mesure. En l'espèce, une "discrimination" résultant de la mesure est fondée sur l'objectif de la conservation des tortues marines et sous-tend cet objectif.

16. Les États-Unis font valoir également que le Groupe spécial applique de façon erronée l'objet et le but de l'*Accord sur l'OMC* lorsqu'il interprète l'article XX du GATT de 1994. Conclure que les intérêts commerciaux doivent l'emporter sur tous les autres intérêts dans les situations découlant des règles du GATT après avoir fait observer que le GATT de 1994 est un accord commercial constitue une erreur de droit. Les termes mêmes de l'article XX indiquent que les intérêts des États protégés par cet article "prédominant", dans un sens, sur les objectifs du GATT en matière de promotion de l'accès aux marchés.

17. Par ailleurs, le Groupe spécial n'a pas reconnu que la plupart des traités n'ont pas un objet et but unique, mais plutôt une variété d'objectifs et de buts différents, et peut-être divergents. Cela est certainement vrai pour l'*Accord sur l'OMC*. Ainsi, si le premier considérant du préambule de l'*Accord sur l'OMC* préconise l'accroissement du commerce de marchandises et de services, ce même considérant reconnaît aussi que les rapports commerciaux et économiques internationaux régis par l'*Accord sur l'OMC* devraient permettre "l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable" en vue "de protéger et préserver l'environnement". En fait, le Groupe spécial a considéré de façon subjective l'objet et le but de l'*Accord sur l'OMC* lorsqu'il a élaboré un nouveau critère ne figurant pas dans le texte de l'Accord.

18. Les États-Unis font valoir en outre que les fondements additionnels invoqués par le Groupe spécial à l'appui de son analyse de la "menace pour le système commercial multilatéral" – à savoir la protection des attentes des Membres quant au rapport de concurrence entre leurs produits et les produits des autres Membres, l'application du principe de droit international selon lequel les accords internationaux doivent être appliqués de bonne foi et le rapport du Groupe spécial *Allocations familiales belges*³⁵ - ne présentent pas d'intérêt.

19. Les États-Unis considèrent que l'article 609 ne constitue pas une menace pour le système commercial multilatéral. Le Groupe spécial n'a pas constaté que l'article 609 constituait *effectivement* une menace pour le système commercial multilatéral. Il a plutôt constaté que, si d'autres pays adoptaient dans d'autres circonstances le même type de mesure que celle que les États-Unis avaient adoptée en l'espèce, il *pourrait* en résulter une menace pour le système. Les États-Unis insistent sur le fait qu'en se livrant à d'hypothétiques spéculations concernant les effets d'autres mesures qui pourraient être adoptées dans des situations différentes, tout en ne tenant pas compte de ce que les

³⁵ Rapport adopté le 7 novembre 1952, IBDD, S1/63.

circonstances exigeaient en l'espèce, le Groupe spécial est contrevenu à ce que l'Organe d'appel a été établi dans l'affaire "*États-Unis - Essence*"³⁶, à savoir qu'il faut appliquer l'article XX "cas par cas", en examinant minutieusement les faits particuliers de l'affaire considérée. L'analyse de la "menace pour le système commercial multilatéral" faite par le Groupe spécial introduit une nouvelle obligation au titre de l'article XX du GATT de 1994 et est incompatible avec le rôle qui incombe au Groupe spécial en vertu du Mémoire d'accord, en particulier ses articles 3:2 et 19:2.

20. De l'avis des États-Unis, l'article 609 établit une distinction raisonnable entre les pays en fonction du risque que leur industrie du chalutage de la crevette faisait peser sur les tortues marines menacées d'extinction. Vu que l'objet du texte introductif de l'article XX est d'éviter l'abus des exceptions prévues à l'article XX, pour déterminer si une mesure constitue une "discrimination injustifiable où les mêmes conditions existent" il faudrait voir si la différence de traitement entre les pays se rapporte à l'objectif général de l'exception applicable prévue à l'article XX. Si une mesure établit une distinction entre les pays sur une base "légitimement liée" à l'objectif d'une exception prévue à l'article XX et non pour des raisons protectionnistes, cette mesure ne constitue pas un abus de l'exception applicable prévue à l'article XX.

21. Les États-Unis affirment que leur mesure ne traite pas différemment les pays dont les industries du chalutage de la crevette font peser des risques similaires sur les tortues marines. Seuls les pays dont les industries du chalutage de la crevette opèrent dans des eaux où il y a un risque d'intercepter des tortues marines et qui emploient des moyens mécaniques qui sont préjudiciables aux tortues marines font l'objet des restrictions à l'importation. Le Groupe spécial a reconnu à juste titre que certaines conditions naturelles se rapportant à la conservation des tortues marines (à savoir si les tortues marines et les crevettes coexistent dans les eaux d'un Membre) et qu'au moins certaines conditions se rapportant à la manière dont les crevettes sont pêchées (à savoir, si les filets sont relevés mécaniquement ou manuellement) sont des éléments à prendre en compte pour l'application du texte introductif de l'article XX. Cependant, le Groupe spécial a constaté qu'une autre condition se rapportant à la manière dont les crevettes sont pêchées – à savoir si un pays exige que ses crevettiers utilisent des DET – ne constituait pas une base pour traiter les pays différemment au titre du texte introductif. Une différence de traitement fondée sur le point de savoir si un pays avait imposé une obligation d'utiliser des DET était, de l'avis du Groupe spécial, "injustifiable".

22. Les États-Unis estiment que l'analyse effectuée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Essence*³⁷ amène à conclure que l'article 609 ne constitue pas une "discrimination injustifiable".

³⁶ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

³⁷ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

L'article 609 est appliqué de manière étroite et équitable. Les États-Unis n'appliquent pas les règles en matière de conservation des tortues marines de façon différente à leurs pêcheurs de crevettes et aux pêcheurs étrangers. En outre, ils ont pris des dispositions pour aider les pêcheurs de crevettes étrangers à adopter des mesures de conservation et pour transférer la technologie DET aux gouvernements et industries d'autres pays, y compris les intimés. De plus, l'article 609 a un champ d'application limité et vise essentiellement la conservation des tortues marines.

23. Au cours de la procédure du Groupe spécial, les États-Unis ont présenté des "éléments de preuve convaincants", confirmés par cinq experts indépendants, montrant que l'article 609 était une mesure de conservation de bonne foi au sens de l'article XX, ayant pour objet d'assurer la conservation d'une espèce menacée d'extinction. Confirmer les constatations du Groupe spécial modifierait de manière inadmissible les termes fondamentaux du contrat conclu par les Membres de l'OMC lorsqu'ils ont approuvé le GATT de 1994. En outre, cautionner un critère vague et subjectif de "menace pour le système commercial multilatéral" adopté par le Groupe spécial modifierait fondamentalement le rôle dévolu aux groupes spéciaux en vertu du Mémoire d'accord et mettrait en question la légitimité du processus de règlement des différends de l'OMC.

24. Les États-Unis indiquent que ni eux-mêmes ni les intimés n'ont fait appel des décisions du Groupe spécial d'examiner d'abord le texte introductif de l'article XX et de ne pas traiter les questions concernant l'article XX b) et XX g). Comme le Groupe spécial n'a pas formulé de constatations au sujet de l'applicabilité de l'article XX b) et XX g), il n'y pas de constatations à cet égard qui pourraient faire l'objet d'un appel. Par conséquent, les questions concernant l'applicabilité de l'article XX b) et XX g) ne sont pas initialement soumises à l'Organe d'appel. Toutefois, les États-Unis pensent comme les intimés agissant conjointement que l'Organe d'appel peut examiner l'article XX b) ou XX g) s'il constate que l'article 609 satisfait aux critères du texte introductif de l'article XX. Les États-Unis soutiennent que, dans ce cas, l'article XX g) devrait être appliqué d'abord puisqu'il constitue la "plus pertinente" des exceptions prévues à l'article XX, et les questions concernant l'article XX b) ne devraient être examinées que s'il était constaté que l'article XX g) est inapplicable. Les États-Unis incorporent par référence et résumant brièvement les communications qu'ils ont présentées au Groupe spécial au sujet de l'article XX b) et XX g).

25. L'allégation essentielle des États-Unis est que l'article 609 satisfait à chaque élément prescrit par l'article XX g). Les tortues marines sont d'importantes ressources naturelles. Elle sont aussi une ressource naturelle épuisable puisque toutes les espèces de tortues marines, y compris celles que l'on trouve dans les eaux des intimés, sont menacées d'extinction. Toutes les espèces de tortues marines sont incluses dans l'Annexe I de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et

de flore sauvages menacées d'extinction³⁸ (la "CITES") depuis 1975 et d'autres accords internationaux reconnaissent également que les tortues marines sont en danger.³⁹ Au paragraphe 7.58 de son rapport, le Groupe spécial note ce qui suit: "Le fait que les espèces de tortues marines mentionnées à l'Annexe I [de la CITES] sont des espèces menacées d'extinction ainsi que la nécessité de les protéger ne sont donc pas contestés par les parties au différend."

26. Les États-Unis considèrent que l'article 609 "se rapporte à" la conservation des tortues marines. Il existe une "relation substantielle" entre l'article 609 et la conservation des tortues marines. Les chaluts à crevettes sont un facteur majeur de la mortalité des tortues marines due aux activités humaines et les DET sont très efficaces pour empêcher cette mortalité. Le Groupe spécial a noté ce qui suit: "les DET, lorsqu'ils sont installés et utilisés de manière appropriée et adaptés à la situation locale, seraient un instrument efficace pour la préservation des tortues marines"⁴⁰(en encourageant l'utilisation des DET, l'article 609 contribue à la conservation des tortues marines).

27. Les États-Unis affirment que l'article 609 est également appliqué "conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales" au sens de l'article XX g). Les États-Unis imposent aux crevettiers qui opèrent dans les eaux où ils sont susceptibles d'intercepter des tortues marines d'utiliser des DET en permanence, et l'article 609 applique des normes comparables aux crevettes importées. L'article 609 est aussi "impartial": il prévoit que tout pays peut être certifié – évitant ainsi toute restriction à ses exportations de crevettes aux États-Unis – s'il applique des critères comparables aux critères applicables aux États-Unis pour assurer la conservation des tortues marines dans les opérations de pêche à la crevette. Les pays dont les crevettiers opèrent dans des zones où il y a un risque d'intercepter des tortues peuvent être certifiés s'ils adoptent des prescriptions concernant l'utilisation de DET comparables à celles qui sont en vigueur aux États-Unis.

28. Les États-Unis affirment, également, que l'article 609 est une mesure "nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux" au sens de l'article XX b). L'article 609 a pour objet de protéger la vie et la santé des tortues marines et d'assurer leur conservation, en disposant que les crevettes importées aux États-Unis ne doivent pas

³⁸ Faite à Washington le 3 mars 1973, 993 R.T.N.U.243, 12 International Legal Materials 1085.

³⁹ Les États-Unis indiquent que toutes les espèces de tortues marines, hormis la tortue franche du Pacifique, figurent dans les Annexes I et II de la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage faite à Bonn le 23 juin 1979, 19 International Legal Materials 15, et dans l'Annexe II du Protocole relatif aux zones et à la vie sauvages spécialement protégées, supplémentaire à la Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes, 29 mars 1983, T.I.A.S. n° 11085.

⁴⁰ Les États-Unis font référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.60, note de bas de page n° 674.

avoir été pêchées d'une manière préjudiciable aux tortues marines. L'article 609 est "nécessaire" dans deux sens différents. Premièrement, les efforts en vue de réduire la mortalité des tortues marines sont "nécessaires" parce que toutes les espèces de tortues marines sont menacées d'extinction. Deuxièmement, l'article 609 relatif à l'utilisation des DET est "nécessaire" parce que les autres mesures visant à protéger les tortues marines ne sont pas suffisantes pour leur permettre d'échapper à l'extinction.

B. *Inde, Pakistan et Thaïlande – Intimés agissant conjointement*

1. Renseignements non demandés émanant d'organisations non gouvernementales

29. Les intimés agissant conjointement estiment que la décision du Groupe spécial à l'effet de rejeter les renseignements non demandés est correcte et devrait être confirmée. Selon eux, les États-Unis interprètent mal l'article 13 du Mémoire d'accord lorsqu'ils font valoir que rien dans le Mémoire d'accord n'interdit aux groupes spéciaux de prendre en compte des renseignements simplement parce que ceux-ci n'ont pas été demandés. Le Groupe spécial a noté à juste titre que "conformément à l'article 13 du Mémoire d'accord, l'initiative de demander des renseignements et d'en choisir la source revient au Groupe spécial".⁴¹ Il ressort clairement de l'article 13 que les Membres ont choisi d'établir un système formel pour la collecte de renseignements, qui permet à un groupe spécial de déterminer quels sont les renseignements dont il a besoin pour régler un différend. Les groupes spéciaux n'ont pas l'obligation de prendre en compte des renseignements qui n'ont pas été demandés, et les États-Unis ont tort d'affirmer le contraire.

30. Selon les intimés agissant conjointement, lorsqu'il demande des renseignements à une personne ou à un organisme relevant de la juridiction d'un Membre, un groupe spécial a l'obligation d'informer les autorités de ce Membre. Cela montre qu'un groupe spécial garde le contrôle sur les renseignements demandés et qu'il doit tenir les Membres informés de ses activités. Le processus approuvé par les Membres comprend nécessairement trois étapes: la décision d'un groupe spécial de demander des avis techniques; la notification à un Membre que de tels avis sont demandés dans sa juridiction; et la prise en compte des avis demandés. De l'avis des intimés agissant conjointement, l'interprétation donnée par les États-Unis éliminerait les deux premières des trois étapes, privant ainsi un groupe spécial de son droit de décider s'il a besoin de renseignements supplémentaires et de déterminer quels types de renseignements il devrait demander, et privant également les Membres de leur droit de savoir quels renseignements sont demandés dans leur juridiction.

⁴¹ Les intimés agissant conjointement font référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8.

31. Les intimés agissant conjointement appellent l'attention sur l'Appendice 3 du Mémoire d'accord, qui énonce les procédures de travail des groupes spéciaux, et en particulier sur les paragraphes 4 et 6, qui limitent aux parties et aux tierces parties le droit de soumettre des communications écrites aux groupes spéciaux. Les intimés agissant conjointement affirment que, par conséquent, les Membres qui ne sont pas parties ou tierces parties ne peuvent pas se prévaloir du droit de présenter des communications écrites. Selon eux, il serait déraisonnable d'interpréter le Mémoire d'accord comme donnant le droit de soumettre à un non-Membre une communication écrite non demandée, alors que de nombreux Membres ne jouissent pas d'un droit similaire.

32. Les intimés agissant conjointement soutiennent que, s'il était mené jusqu'à sa conclusion logique, l'argument de l'appelant pourrait avoir pour résultat que les groupes spéciaux seraient submergés de renseignements non demandés provenant du monde entier. Ces renseignements risqueraient d'être fortement biaisés, si les ressortissants des Membres parties à un différend pouvaient présenter des renseignements non demandés. Cela n'améliorerait pas le mécanisme de règlement des différends et ne ferait qu'accroître les tâches administratives dont le Secrétariat était déjà surchargé.

33. Les intimés agissant conjointement font valoir également que les parties à la procédure d'un groupe spécial pourraient se sentir obligées de répondre à des communications non demandées - pour le cas où l'une de celles-ci attirerait l'attention d'un membre du groupe spécial. La garantie d'une procédure régulière veut qu'une partie sache quelles sont les communications qu'un groupe spécial entend prendre en compte et que toutes les parties aient la possibilité de répondre à toutes les communications. Enfin, puisque l'article 12:6 du Mémoire d'accord dispose que les deuxièmes communications écrites des parties doivent être présentées simultanément, si l'on permet à une partie de joindre des "interventions désintéressées" (*amicus curiae briefs*) à sa deuxième communication, les autres parties peuvent être privées de leur droit de répondre et d'être entendues.

2. Article XX du GATT de 1994

34. Les intimés agissant conjointement soutiennent que la décision du Groupe spécial concernant le texte introductif de l'article XX est correcte et devrait être confirmée par l'Organe d'appel. Ils soulignent que l'appelant ne fait pas appel ni de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'article 609 était contraire à l'article XI:1 du GATT de 1994, ni de la décision du Groupe spécial d'examiner le texte introductif de l'article XX avant les paragraphes b) ou g) de cet article. Les États-Unis ne contestent pas non plus que c'est à eux qu'il incombe de prouver que leur mesure relève de l'article XX. Les États-Unis contestent l'application du texte introductif que le Groupe spécial aurait faite pour protéger contre une "menace pour le système commercial multilatéral", affirmant que le Groupe spécial a élaboré une nouvelle "interprétation", une nouvelle "analyse" ou un nouveau

"critère" pour invalider l'article 609, réduisant ainsi de façon inadmissible les droits des Membres de l'OMC. Selon les intimés agissant conjointement, l'argument de l'appelant est dénué de fondement et résulte d'une mauvaise interprétation de la décision du Groupe spécial. Le Groupe spécial n'a pas inventé une nouvelle "interprétation", une nouvelle "analyse" ou un nouveau "critère", ni n'a simplement interprété le terme "injustifiable" comme signifiant "une menace pour le système commercial multilatéral". En fait, il a rendu une décision bien motivée pleinement étayée par l'*Accord sur l'OMC*, la pratique antérieure dans le cadre du GATT/de l'OMC et les règles d'interprétation convenues énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités⁴² (la "Convention de Vienne").

35. Les intimés agissant conjointement font valoir que la faille dans l'article 609 et dans l'argument de l'appelant est que l'appelant n'a pas reconnu que le fait de subordonner l'accès aux marchés pour un produit donné à l'adoption de certaines politiques par les Membres exportateurs peut constituer une violation de l'*Accord sur l'OMC*. Un Membre doit chercher des solutions multilatérales aux problèmes environnementaux liés au commerce. La menace pour le système commercial multilatéral mentionnée par le Groupe spécial est sans rapport avec les DET ou la conservation des tortues défendus par l'appelant. La menace est beaucoup plus simple: les États-Unis ont recouru abusivement à l'article XX en établissant unilatéralement une politique commerciale et en imposant unilatéralement cette politique au moyen d'un embargo commercial, au lieu de passer par la voie multilatérale. Le système commercial multilatéral repose sur la coopération multilatérale. Si chaque Membre de l'OMC était libre de chercher ses propres solutions de politique commerciale à ce qu'il considère comme étant des préoccupations environnementales, le système commercial multilatéral cesserait d'exister. En empêchant le recours abusif à l'article XX, le texte introductif protège contre les menaces pour le système commercial multilatéral. La volonté d'empêcher les abus et les menaces pour le système commercial multilatéral est donc indissociablement liée à l'objet, au but et aux objectifs de l'article XX du GATT de 1994.

36. Les intimés agissant conjointement indiquent que, sur la base de son interprétation du terme "injustifiable" figurant dans le texte introductif et à la lumière de l'objet et du but de l'article XX du GATT de 1994 et de l'objet et du but de l'*Accord sur l'OMC*, le Groupe spécial a conclu que le texte introductif de l'article XX permet aux Membres de déroger aux dispositions du GATT, mais interdit les dérogations qui constitueraient un abus des exceptions énoncées à l'article XX, ce qui porterait atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC. Selon les intimés agissant conjointement, ce que l'appelant prétend être un nouveau "critère" concernant le caractère justifiable n'est rien de plus qu'une réaffirmation du principe selon lequel l'objet et le but du texte introductif est d'empêcher l'abus

⁴² Faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. B31; 8 [International Legal Materials](#) 679.

des exceptions énoncées à l'article XX, précisant plus clairement ce qui peut résulter d'un tel abus. Compte tenu de la pratique récente et antérieure dans le cadre du GATT/de l'OMC, en particulier le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*⁴³, le Groupe spécial a correctement interprété le texte introductif, identifiant son objet et son but comme étant la prévention de l'abus des exceptions prévues à l'article XX, et associant la prévention d'un tel abus à la préservation du système commercial multilatéral.

37. De l'avis des intimés agissant conjointement, la décision du Groupe spécial reflète le raisonnement suivi par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Essence*⁴⁴ et est donc correcte. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a fait trois affirmations qui ont influencé la décision du Groupe spécial: premièrement, le texte introductif s'applique expressément non pas tant à la mesure en cause ou à sa teneur spécifique proprement dite, mais plutôt à la manière dont la mesure est appliquée⁴⁵; deuxièmement, il importe donc de souligner que le but et l'objet des clauses introductives de l'article XX est généralement de prévenir l'abus des exceptions énumérées à l'article XX⁴⁶; et troisièmement, l'Organe d'appel a dit qu'il fallait veiller à ne pas appliquer les exceptions prévues à l'article XX de façon "à aller à l'encontre ou à faire fi" des obligations légales résultant pour le détenteur des droits du GATT de 1994.⁴⁷

38. Les intimés agissant conjointement indiquent que, lorsqu'il a examiné l'article 609, le Groupe spécial a accordé une attention particulière à la manière dont l'embargo était appliqué et a noté que l'appelant subordonnait l'accès au marché à l'adoption par les Membres exportateurs de politiques de conservation comparables à leur propre politique. Le Groupe spécial a constaté également que les États-Unis n'avaient pas procédé à des négociations avant d'imposer leur interdiction d'importer. Le Groupe spécial a conclu que l'article 609 constituait un abus de l'article XX et représentait une menace pour le système commercial multilatéral. Il a assimilé la prévention de l'abus de l'article XX au non-recours à des mesures qui iraient "à l'encontre ou [feraient] fi des buts et des objets de l'Accord général et de l'Accord sur l'OMC ou des obligations résultant ... des règles de fond du GATT en abusant de l'exception énoncée à l'article XX".⁴⁸ Le Groupe spécial a étayé sa conclusion en faisant

⁴³ Non adopté, DS29/R, 16 juin 1994, paragraphe 5.26.

⁴⁴ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

⁴⁵ *États-Unis – Essence*, rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 25.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Les intimés agissant conjointement font référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.40.

référence au principe de la bonne foi et au principe *pacta sunt servanda* et en citant le rapport du Groupe spécial *Allocations familiales belges*.⁴⁹

39. Si le Groupe spécial devait décider d'infirmier les constatations du Groupe spécial concernant le texte introductif de l'article XX, les intimés agissant conjointement demandent que l'Organe d'appel décide que l'article 609 est appliqué "de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international", en violation du texte introductif de l'article XX. Conformément à la décision qu'il a prise dans l'affaire *États-Unis - Essence*⁵⁰, l'Organe d'appel devrait examiner la manière dont l'article 609 a été appliqué et déterminer s'il y a abus d'une exception prévue à l'article XX de façon à aller à l'encontre ou faire fi des droits fondamentaux des intimés au titre du GATT de 1994.

40. Les intimés agissant conjointement affirment que, même si l'on fait abstraction de la "menace pour le système commercial multilatéral" mentionnée par le Groupe spécial, il y a des "éléments de preuve convaincants" versés au dossier qui montrent que l'appelant a recouru de manière abusive à l'article XX et à ses exceptions. Les intimés agissant conjointement soutiennent que l'abus revêt plusieurs formes, graves dans chaque cas, et que chaque cas suffit en soi à étayer une constatation selon laquelle l'article 609 a été appliqué d'une manière abusive de façon à aller à l'encontre des droits fondamentaux des intimés au titre de l'*Accord sur l'OMC*.

41. Premièrement, l'article 609 a été appliqué sans que l'on ait réellement cherché à arriver à une solution multilatérale concertée avec les intimés agissant conjointement. L'importance du multilatéralisme devrait être claire pour les États-Unis puisqu'elle fait partie intégrante de l'article 609, qu'elle a été soulignée à de nombreuses réunions du GATT et de l'OMC, qu'elle ressort de l'article 23:1 du Mémorandum d'accord et du Principe 12 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁵¹ et qu'elle a été mise en évidence par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Essence*.⁵² L'infraction au texte introductif que les États-Unis ont commise dans l'affaire *États-Unis - Essence* constitue, de l'avis des intimés agissant conjointement, la même infraction que celle qu'ils ont commise en l'espèce.

⁴⁹ Adopté le 7 novembre 1952, IBDD, S1/63.

⁵⁰ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

⁵¹ Document de l'ONU A/CONF. 151/5/Rev.1, 13 juin 1992, 31 International Legal Materials 874.

⁵² Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, pages 30 et 31.

42. Deuxièmement, les États-Unis ont établi une discrimination inadmissible entre les pays exportateurs, et entre les pays exportateurs et eux-mêmes, et ce des façons suivantes, entre autres: a) "le Groupe spécial a constaté que l'appelant avait négocié avec certains Membres de l'OMC un accord destiné à protéger les tortues marines et à assurer leur conservation, mais n'avait pas proposé de négocier un tel accord avec les intimés avant d'avoir conclu les négociations avec les autres Membres. Le Groupe spécial a aussi constaté que l'article 609 était déjà appliqué à l'encontre des intimés au moment où ces négociations avaient été proposées"; b) "les périodes d'adaptation progressive pour l'utilisation des DET différaient suivant les pays concernés. Les "pays initialement visés" bénéficiaient d'une période d'adaptation progressive de trois ans, alors que les "pays nouvellement visés" avaient quatre mois ou moins pour modifier leurs pratiques en matière de pêche à la crevette"; et c) l'article 609 "établit une discrimination entre les produits fondée sur des procédés et méthodes de production non liés aux produits".

43. Troisièmement, les intimés agissant conjointement affirment que l'argument de l'appelant constitue une interprétation erronée de parties essentielles du texte introductif et du rapport du Groupe spécial. L'appelant part de l'idée que les constatations du Groupe spécial ne sont pas fondées sur le sens ordinaire de l'expression "discrimination injustifiable" dans le contexte dans lequel elle apparaît. L'appelant fait valoir également que l'unique objet et but du texte introductif est la prévention d'une "protection indirecte". Cette interprétation est démentie par la pratique récente dans le cadre de l'OMC. Dans son rapport sur l'affaire *États-Unis - Essence*⁵³, l'Organe d'appel défend la thèse que la "discrimination injustifiable" a un sens plus large que la "protection indirecte". En fait, l'appelant estime que le caractère justifiable devrait être déterminé eu égard à l'exception spécifique prévue à l'article XX qui est invoquée. Si la discrimination était justifiée sur la seule base des objectifs généraux de l'exception particulière invoquée, toutes les mesures commerciales satisfaisant aux exigences d'une exception prévue à l'article XX satisferaient, *ipso facto*, aux exigences du texte introductif. Celui-ci serait vidé de son sens - en violation de la règle d'interprétation des traités communément acceptée qui veut qu'un sens et un effet soient donnés à tous les termes d'un traité. Les principes énoncés dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis - Essence* seraient eux aussi invalidés.

44. Les intimés agissant conjointement soutiennent qu'aussi bien l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Essence*⁵⁴ que le Groupe spécial dans la présente affaire ont reconnu que le texte introductif de l'article XX devait être interprété à la lumière de l'objet et du but de l'*Accord sur l'OMC*. Cela ne signifie pas qu'il faille réincorporer des dispositions de fond du GATT dans l'analyse au

⁵³ Adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

⁵⁴ *Ibid.*

moyen du texte introductif; il faut plutôt examiner une dérogation à l'article XX projetée du point de vue des objectifs généraux plus vastes de l'*Accord sur l'OMC*. Le Groupe spécial a identifié deux objectifs de ce type: essayer de trouver des solutions concertées aux problèmes commerciaux et empêcher le risque d'une multiplication de prescriptions commerciales contradictoires, dont chacune serait justifiée au regard de l'article XX. L'article 609 compromet la réalisation de ces deux objectifs et constitue une menace pour le système commercial multilatéral.

45. Si l'Organe d'appel devait décider d'infirmer les constatations juridiques du Groupe spécial en ce qui concerne le texte introductif de l'article XX et établir que l'article 609 satisfait aux exigences du texte introductif, les intimés agissant conjointement demandent que l'Organe d'appel fasse des constatations juridiques concernant l'article XX b) et XX g) du GATT de 1994. Ils incorporent par référence leurs communications au Groupe spécial relatives à l'interprétation de l'article XX b) et XX g) et notent dans le même temps qu'il y a des raisons convaincantes de suivre l'approche en matière d'interprétation adoptée par le Groupe spécial, qui a examiné d'abord le texte introductif. Le concept de l'économie jurisprudentielle milite en faveur d'une telle analyse et, de plus, les participants n'ont pas contesté l'approche en matière d'interprétation adoptée par le Groupe spécial dans leurs communications (même si, notent les intimés agissant conjointement, un participant tiers, l'Australie, l'a désapprouvée).

C. *Malaisie – Intimé*

1. Renseignements non demandés émanant d'organisations non gouvernementales

46. La Malaisie considère que le Groupe spécial a correctement statué sur cette question et que sa décision devrait être confirmée puisqu'il n'y a dans le Mémoire d'accord rien qui *permet* d'accepter des interventions non demandées émanant d'organisations non gouvernementales. La Malaisie n'est pas d'accord avec les États-Unis lorsqu'ils disent qu'il n'y a dans le Mémoire d'accord rien qui *interdit* aux groupes spéciaux de prendre en compte des renseignements simplement parce que ceux-ci n'ont pas été demandés. Conformément à l'article 13 du Mémoire d'accord, la condition qui doit être remplie pour que cette disposition puisse être invoquée est qu'un groupe spécial doit "demander" des renseignements. De l'avis de la Malaisie, le Groupe spécial a noté à juste titre que c'est à lui que revenait l'initiative de demander des renseignements et d'en choisir la source. Le Groupe spécial ne pouvait pas prendre en compte des renseignements non demandés. À titre subsidiaire, si l'Organe d'appel devait accepter l'argument des États-Unis selon lequel les groupes spéciaux peuvent accepter des interventions désintéressés, les membres d'un groupe spécial doivent avoir entière latitude pour décider s'il y a lieu de les lire. Si un groupe spécial décide de ne pas lire les

interventions, cela ne peut pas constituer une erreur procédurale et ne peut pas influencer la teneur de son rapport.

2. Article XX du GATT de 1994

47. La Malaisie estime que la décision du Groupe spécial concernant l'article XX du GATT de 1994 représente une manière équilibrée de considérer les prescriptions des dispositions de l'*Accord sur l'OMC*, les règles d'interprétation des traités et la pratique du GATT. L'appelant comprend mal les constatations du Groupe spécial: le Groupe spécial n'a en aucune manière fait allusion à la suprématie des considérations d'ordre commercial sur les considérations autres que d'ordre commercial et a bien reconnu que la plupart des traités n'ont pas un objectif et but unique et exclusif mais une variété d'objets et buts différents. Le Groupe spécial a en réalité fait allusion aux premier, deuxième et troisième paragraphes du préambule de l'*Accord sur l'OMC*, qui renvoient à différents objets et buts. En outre, de l'avis de la Malaisie, l'appelant applique mal le principe établi dans l'affaire *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*⁵⁵ aux faits de la présente cause et interprète mal l'application faite par le Groupe spécial du rapport du Groupe spécial *Allocations familiales belges*.⁵⁶

48. Selon la Malaisie, l'analyse de la "menace pour le système commercial multilatéral" faite par le Groupe spécial ne constitue pas un nouveau critère, mais plutôt une réaffirmation de l'approche adoptée par le Groupe spécial, à savoir que les Membres n'ont pas le droit de recourir à des mesures qui porteraient atteinte au système commercial multilatéral ni donc d'abuser des exceptions énoncées à l'article XX. Le Groupe spécial lui-même dit que ses constatations sont le résultat de l'application des méthodes d'interprétation requises par l'article 3:2 du Mémoire d'accord et que son mode d'interprétation n'accroît pas les obligations des Membres, ce qui serait contraire à l'article 3:2 du Mémoire d'accord.

49. La Malaisie a noté également que le Groupe spécial a constaté, sur la base des faits, que l'interdiction d'importer s'appliquait aussi aux crevettes pêchées avec utilisation de DET, tant que le pays concerné n'avait pas été certifié; la certification n'était accordée que si des prescriptions générales concernant l'utilisation de DET sur les navires de pêche étaient appliquées par le pays exportateur concerné ou si ce dernier pratiquait le chalutage des crevettes uniquement dans des eaux où il n'y avait pas de tortues marines. Sur la base de ces constatations, le Groupe spécial a conclu que

⁵⁵ Rapport adopté le 16 janvier 1998, WT/DS50/AB/R.

⁵⁶ Adopté le 7 novembre 1952, IBDD, S1/63.

la mesure des États-Unis constituait une discrimination injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent.

50. La Malaisie pense que le Groupe spécial s'est fondé dans une large mesure sur le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Essence*.⁵⁷ Elle estime que, bien que l'obligation d'utiliser des DET soit appliquée aux crevettiers tant des États-Unis qu'étrangers, l'article 609 contrevient à l'interdiction de la "discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" énoncée dans le texte introductif: toutes les espèces de tortues marines visées à l'article 609 et rencontrées en Malaisie et aux États-Unis ne sont pas pareilles – la tortue bâtarde et la tortue caouanne se rencontrent aux États-Unis, mais sont absentes des eaux malaisiennes ou ne s'y trouvent qu'en quantités négligeables; les habitats de ces tortues ne coïncident pas avec les zones où sont pratiquées des opérations de chalutage de la crevette en Malaisie; certains pays qui ont été exemptés des prescriptions concernant les DET pratiquent la pêche commerciale des tortues et exploitent les œufs; et le délai accordé aux pays pour respecter les prescriptions de l'article 609 variait.

51. En réponse à l'affirmation de l'appelant selon laquelle celui-ci avait pris des dispositions pour aider les pêcheurs de crevettes étrangers à adopter des mesures de conservation des tortues, la Malaisie dit qu'il n'y a pas eu de transfert de technologie DET à son gouvernement ou à ses entreprises, si ce n'est qu'elle a participé à un atelier régional.

52. Les communications de la Malaisie concernant les questions de droit découlant de l'article XX b) et XX g) ont été traitées par le Groupe spécial aux paragraphes 3.213, 3.218 à 3.221, 3.231, 3.233, 3.236, 3.240, 3.247, 3.257, 3.266, 3.271 à 3.275, 3.286 à 3.288 et 3.293 de son rapport.

D. *Arguments des participants tiers*

1. Australie

53. L'Australie indique que, en ce qui concerne les communications non demandées présentées au Groupe spécial par des organisations non gouvernementales, les États-Unis semblent laisser entendre que l'interprétation juridique des dispositions du Mémoire d'accord donnée par le Groupe spécial limiterait la marge de manoeuvre que le Mémoire d'accord laisse aux groupes spéciaux pour ce qui est du choix des sources d'information qu'ils devraient prendre en compte. Or, de l'avis de l'Australie, rien dans le rapport du Groupe spécial ne donne à penser que le Groupe spécial a jugé qu'il y avait des obstacles juridiques qui l'avaient empêché de demander des renseignements à des sources non gouvernementales, s'il avait souhaité le faire. La décision du Groupe spécial de ne pas demander

⁵⁷ Adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

de tels renseignements semblerait montrer que le Groupe a utilisé la marge de manœuvre que lui laisse le Mémoire d'accord, et n'était pas le résultat d'éventuels obstacles juridiques. L'Australie relève que les États-Unis n'ont pas prétendu que le fait que le Groupe spécial a en l'espèce utilisé cette marge de manœuvre était inapproprié ou constituait une erreur de droit.

54. L'Australie pense que le Groupe spécial a constaté à juste titre que l'article 609 constituait une "discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", mais aussi que les États-Unis ont raison de faire appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 609 "ne fait pas partie des mesures autorisées au titre du texte introductif de l'article XX". L'Australie considère que l'Organe d'appel devrait achever l'analyse au titre de l'article XX et constater que les États-Unis n'ont pas démontré que leur mesure est conforme à l'article XX, y compris les dispositions du texte introductif. Ce qui préoccupe l'Australie, c'est que les États-Unis ont cherché à imposer une mesure de conservation déterminée unilatéralement par le jeu de restrictions au commerce, sans étudier la possibilité de collaborer avec d'autres pays pour identifier au plan international les préoccupations communes concernant les questions liées à la conservation des tortues et examiner les moyens de répondre à ces préoccupations. Ainsi, les États-Unis ont imposé l'article 609 d'une manière qui constitue une discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, ainsi qu'une restriction déguisée au commerce international.

55. L'Australie pense comme les États-Unis que le Groupe spécial n'a pas interprété les termes du texte introductif de l'article XX qui exigent que les mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer "un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, en particulier suivant leur sens ordinaire et dans leur contexte.

56. De l'avis de l'Australie, la décision du Groupe spécial d'examiner d'abord le point de savoir si l'article 609 satisfaisait aux prescriptions du texte introductif avant de voir s'il satisfaisait à celles de l'un des paragraphes de l'article XX ne constituait peut-être pas nécessairement une erreur de droit, mais a contribué aux erreurs que le Groupe spécial a commises lorsqu'il a examiné l'article 609 au regard de l'article XX. L'Australie estime qu'il est préférable de commencer à examiner les questions de droit découlant de l'article XX en étudiant l'objectif général de la mesure, ainsi que le rapport entre l'objectif général et la mesure, avant d'en venir au texte introductif. Cette façon de procéder permettrait d'examiner tous les aspects de la question qui peuvent être importants pour déterminer si une mesure particulière satisfait aux prescriptions du texte introductif. Il n'y a rien dans les termes de l'article XX, lus dans leur contexte et à la lumière de l'objet et des buts du GATT de 1994 et de l'*Accord sur l'OMC*, qui donne à penser qu'ils sont censés exclure des catégories ou des types de mesures déterminées. Le Groupe spécial a commis une erreur de droit en procédant à cet examen de

caractère général. Selon ses termes, il semblerait que l'article XX ne puisse être applicable que cas par cas.

57. L'article XX énonce une série de critères destinés à assurer qu'il ne soit pas recouru abusivement à ses dispositions. Il doit y avoir présomption qu'une mesure qui satisfait aux prescriptions de l'article XX ne "portera pas atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC". Selon l'Australie, il n'existe aucun texte sur lequel se fonder pour interpréter l'expression "discrimination injustifiable" de façon si générale qu'elle devient en l'espèce un critère indépendant. D'après l'interprétation du Groupe spécial, le texte introductif de l'article XX pourrait avoir pour effet d'annuler les effets des paragraphes de cet article, plutôt que d'empêcher qu'il y soit recouru abusivement.

58. L'Australie pense comme les États-Unis que l'interprétation de l'expression "discrimination injustifiable" donnée par le Groupe spécial repose sur une interprétation et une application erronées de l'objet et du but de l'*Accord sur l'OMC* en ce qui concerne l'interprétation du GATT de 1994. Le Groupe spécial a émis une idée au sujet du rapport entre les objectifs du système commercial multilatéral de l'OMC et les considérations d'ordre environnemental qui ne cadrent pas avec la Décision ministérielle sur le commerce et l'environnement.⁵⁸

59. Dans le même temps, selon l'Australie, l'autre interprétation de l'expression "discrimination injustifiable" proposée par les États-Unis – à savoir que la discrimination n'est pas "injustifiable" lorsque l'objectif général de l'exemption des obligations énoncées à l'article XX qui est appliquée fonde la justification – est erronée. Cette interprétation affaiblirait l'importante sauvegarde que représente le texte introductif de l'article XX pour ce qui est d'éviter l'abus ou l'utilisation illégitime des exceptions prévues à l'article XX. Elle fausse les critères appliqués au titre des deux dispositions de l'article XX, ne donne pas effet à tous les termes du traité et n'est pas fondée sur le sens ordinaire de l'expression "discrimination injustifiable" dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'*Accord sur l'OMC* et du GATT de 1994.

60. L'Australie estime que l'article 609 est appliqué de façon à constituer une discrimination injustifiable et une restriction déguisée au commerce international. Elle relève que la seule justification que les États-Unis paraissent donner pour l'article 609 est que celui-ci est nécessaire pour assurer le respect d'une mesure de conservation déterminée unilatéralement. Cependant, l'Australie fait valoir que les États-Unis n'ont pas démontré qu'ils avaient dûment étudié les moyens de répondre

⁵⁸ Adoptée par les Ministres à la réunion du Comité des négociations commerciales tenue à Marrakech le 14 avril 1994.

à leurs préoccupations concernant les pratiques en matière de pêche des crevettes et la conservation des tortues dans d'autres pays en coopérant avec les gouvernements concernés.

61. De l'avis de l'Australie, l'article 609 n'établit pas une distinction raisonnable et adéquate entre les pays en fonction des risques encourus par les tortues marines dans le secteur de la pêche à la crevette du pays exportateur. Le Groupe spécial s'est attaché aux exportations de crevettes sauvages et il est trompeur de dire qu'il a tiré des conclusions sur le point de savoir si les mêmes conditions existaient dans certaines autres circonstances pour ce qui est des crevettes ne faisant pas l'objet de la prohibition à l'importation. En outre, les États-Unis n'ont fourni aucun élément de preuve montrant qu'ils ont pris en compte les vues des autres pays concernant les questions liées à la conservation des tortues marines dans leurs juridictions, ou leurs programmes nationaux respectifs, pour déterminer quels étaient "les pays où les mêmes conditions existent". En particulier, les États-Unis n'ont fourni aucun élément de preuve montrant qu'ils avaient envisagé que d'autres Membres puissent avoir adopté des programmes de conservation des tortues marines qui différaient du leur mais qui étaient comparables et adaptés à leurs circonstances. L'Australie indique que les États-Unis ont refusé de la certifier au titre de l'article 609 alors que son régime de conservation des tortues marines "va bien au-delà d'une simple protection contre les filets de pêche et on prévoit des programmes de coopération avec l'industrie de la crevette pour limiter les captures accessoires de tortues".

62. De l'avis de l'Australie, en vertu de leurs obligations juridiques au titre du texte introductif de l'article XX, les États-Unis devaient étudier les moyens de corriger l'application discriminatoire de leur mesure et ses effets de restriction des échanges. En particulier, compte tenu du caractère transfrontières et planétaire de la préoccupation environnementale en question, les États-Unis auraient dû consulter les Membres affectés pour voir si la discrimination imposée par la mesure en cause aurait pu être évitée, si les restrictions au commerce étaient nécessaires ou s'il existait d'autres méthodes et si l'incidence des mesures commerciales aurait pu être réduite.

2. Équateur

63. L'Équateur approuve la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 609 est incompatible avec l'article XI:1 du GATT de 1994 et ne peut pas être justifié au regard de l'article XX du GATT de 1994. L'Équateur participe en tant que tierce partie à la présente procédure pour défendre des principes fondamentaux, comme le principe qui réaffirme que les relations entre États devraient être fondées sur le droit international – vu qu'il est inacceptable qu'un État impose ses objectifs de politique intérieure à d'autres États – ainsi que le respect de principes et aspects plus spécifiques figurant dans les accords régissant le système commercial multilatéral. Il s'agit

notamment de la non-discrimination en ce qui concerne le traitement national, la protection de l'environnement et la mise en œuvre de la politique environnementale.

64. Selon l'Équateur, le présent différend ne concerne pas l'opportunité de mettre en œuvre une politique de conservation, question à laquelle l'Équateur attache la plus grande importance, mais plutôt la manière dont une telle politique devrait être appliquée. Il est inacceptable qu'une législation interne soit appliquée de façon arbitraire, créant un degré élevé d'incertitude, et donc un préjudice, dans un secteur qui est essentiel pour l'économie équatorienne. L'Équateur pense comme le Groupe spécial que les Membres sont libres d'établir leurs propres politiques environnementales d'une manière compatible avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC.

3. Communautés européennes

65. S'agissant des communications non demandées adressées à un groupe spécial par des organisations non gouvernementales, les Communautés européennes indiquent que l'article 13 du Mémorandum d'accord laisse manifestement à un groupe spécial une "marge de manœuvre" lui permettant, s'il le faut, de "demander" certains renseignements qu'il considère comme pouvant présenter un intérêt pour l'affaire dont il est saisi. En outre, les organisations non gouvernementales sont libres de publier leurs vues de façon à ce que leur opinion soit entendue par le grand public, qui pourrait comprendre les parties à un différend, le Secrétariat de l'OMC ou les membres d'un groupe spécial. Toutefois, les Communautés européennes "se demandent si le texte du Mémorandum d'accord pourrait être interprété de façon très large" comme donnant aux organisations non gouvernementales le droit de soumettre des communications directement à un groupe spécial.

66. Les Communautés européennes affirment que l'article 13 du Mémorandum d'accord "n'oblige pas les groupes spéciaux à "accepter" des renseignements qui n'ont pas été "demandés" aux fins d'une procédure de règlement des différends". Les groupes spéciaux devraient donc rejeter les communications émanant d'organisations non gouvernementales qu'ils n'ont pas eux-mêmes demandées. Toutefois, selon les Communautés européennes, si un groupe spécial était intéressé par les renseignements figurant dans une intervention désintéressée (*amicus curiae brief*) émanant d'une organisation non gouvernementale, il aurait le droit de solliciter et de recevoir ("demander") exactement les mêmes renseignements que ceux qu'il avait d'abord reçus sans les demander. Les Communautés européennes pensent comme le Groupe spécial qu'un Membre, partie à un différend, est libre de soumettre, en tant que partie de sa propre communication, une communication d'une organisation non gouvernementale qu'il juge pertinente. Les Communautés européennes signalent que leurs observations sont fondées sur les dispositions existantes de l'article 13 du Mémorandum d'accord.

67. Les Communautés européennes indiquent en outre que les questions en jeu en l'espèce concernent des principes auxquels elles attachent une grande importance, comme le respect de l'environnement et le fonctionnement du système commercial multilatéral. Elles sont tenues, en vertu du texte du Traité instituant la Communauté européenne⁵⁹ d'assurer un développement harmonieux et équilibré des activités économiques dans le respect de l'environnement. Le principe du développement durable, qui est également énoncé dans le premier paragraphe du préambule de l'*Accord sur l'OMC*, ainsi que le principe de la prévention, jouent un rôle important dans la mise en œuvre des politiques communautaires. La position des CE est reflétée en droit international public par les déclarations de la Cour internationale de justice soulignant l'importance du respect de l'environnement.⁶⁰

68. Les Communautés européennes sont convaincues que la coopération internationale est le moyen le plus efficace pour traiter les problèmes environnementaux mondiaux et transfrontières, plutôt que les mesures unilatérales qui peuvent être moins efficaces du point de vue de l'environnement et désorganiser davantage les échanges. Les résultats économiques et les résultats environnementaux ne sont pas nécessairement incompatibles. Les Communautés européennes estiment que "les pays ont le droit souverain d'élaborer et de mettre en œuvre leurs propres politiques environnementales au moyen des mesures qu'ils jugent les plus appropriées pour protéger leur environnement – y compris la protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux et la préservation des végétaux – mais il incombe à tous les pays de contribuer à résoudre les problèmes environnementaux qui se posent à l'échelle internationale". Ainsi, les Communautés européennes considèrent que "d'une manière générale, la coopération internationale constitue le moyen le plus efficace pour réaliser les objectifs communs relatifs à la conservation des ressources mondiales".

69. Selon les Communautés européennes, l'approche concernant l'article XX élaborée par des groupes spéciaux antérieurs et suivie par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Essence*⁶¹ - qui consiste à voir d'abord si une mesure relève de l'une des exceptions énoncées aux paragraphes a) à j) de l'article XX, puis à procéder à un examen au titre du texte introductif – paraît logique et pourrait raisonnablement avoir été appliquée par le Groupe spécial en l'espèce.

⁵⁹ Fait à Rome, le 25 mars 1957, tel que modifié.

⁶⁰ Les Communautés européennes font référence aux textes suivants: *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, (1996), Recueil de la C.I.J. pages 241 et 242, paragraphe 29; *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymoros*, (1998), 37 International Legal Materials 162, paragraphe 140.

⁶¹ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

70. Les Communautés européennes pensent comme les États-Unis qu'il ne serait pas juste que les considérations d'ordre commercial l'emportent sur toutes les autres considérations dans toutes les situations visées par les règles de l'OMC. L'article XX ne devrait pas être interprété de telle façon que les considérations d'ordre commercial l'emportent toujours sur les considérations autres que d'ordre commercial qui ressortent de cet article, y compris les préoccupations environnementales et celles qui sont liées à des objectifs en matière de santé ou à d'autres objectifs généraux légitimes. Il appartient aux groupes spéciaux et à l'Organe d'appel de se prononcer sur les faits de chaque cause, en prenant en compte les droits et obligations des Membres.

71. Les Communautés européennes pensent aussi comme les États-Unis que le "critère" adopté par le Groupe spécial – c'est-à-dire le point de savoir si une mesure est d'un type susceptible de menacer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral – reviendrait à rendre les considérations d'ordre commercial égales à toutes les autres considérations et est donc incompatible avec l'objet et le but de l'*Accord sur l'OMC*.

72. De l'avis des Communautés européennes, certaines espèces, en particulier les espèces migratrices, peuvent exiger l'application de mesures de protection s'étendant au-delà des frontières territoriales proprement dites. Les tortues marines devraient être considérées comme une ressource environnementale mondiale partagée parce qu'elles figurent dans l'Annexe I de la CITES et sont une espèce protégée en vertu de la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage.⁶² Pour les Membres attachés à la préservation des ressources environnementales mondiales partagées, il convient d'arriver à des solutions convenues au plan international pour assurer cette préservation. Les mesures prises dans le cadre de tels accords multilatéraux seraient en général autorisées au titre du texte introductif de l'article XX.

73. Cependant, les Communautés européennes ne voudraient pas exclure la possibilité pour un Membre de l'OMC, en dernier ressort, de prendre de sa propre initiative une mesure "raisonnable" dans le but de protéger et préserver une ressource environnementale mondiale donnée. Toutefois, une telle mesure ne se justifierait que dans des circonstances exceptionnelles et si elle était compatible avec les principes généraux du droit international public concernant la "juridiction compétente". Le Membre devrait démontrer que sa mesure de protection de l'environnement est "raisonnable", c'est-à-dire qu'elle n'a pas pour effet de restreindre les échanges plus que ce qui est nécessaire pour protéger la ressource environnementale mondiale partagée. Cette mesure devrait être directement liée à l'objectif environnemental et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour limiter les atteintes à l'environnement. Enfin, dans un tel cas, le Membre devrait avoir fait de réels efforts pour conclure

⁶² Faite à Bonn le 23 juin 1979, 19 International Legal Materials 15.

des accords en matière de coopération environnementale avec d'autres Membres. Cela est conforme au Principe 12 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement.

74. Compte tenu de la constatation de fait du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis n'ont pas engagé des négociations avec les intimés avant d'imposer l'interdiction d'importer, les Communautés européennes concluent que les États-Unis n'ont pas démontré qu'une solution négociée en ce qui concerne les mesures destinées à protéger les tortues marines ne pouvait pas être trouvée.

4. Hong Kong, Chine

75. Hong Kong, Chine dit que "l'on comprendrait très mal le rôle de l'OMC" si l'on considérait que le système commercial multilatéral fait fi des préoccupations environnementales. Le système de l'OMC n'empêche pas, et ne devrait pas empêcher, l'adoption de mesures non arbitraires et justifiables destinées à protéger l'environnement. Hong Kong, Chine est tout à fait d'accord avec le Groupe spécial lorsqu'il dit que le texte introductif de l'article XX ne devrait pas être interprété d'une manière qui menacerait la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales dans le cadre de l'*Accord sur l'OMC*. S'agissant du rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis - Essence*⁶³, Hong Kong, Chine estime qu'un examen au titre du texte introductif devrait porter sur la manière dont la mesure est appliquée et répondre à la question clé qui est de savoir si cette application constitue un abus des exceptions. Lorsque l'on examine la compatibilité d'une mesure avec le texte introductif, il faudrait laisser de côté les questions relatives à l'objectif général de la mesure considérée.

76. Hong Kong, Chine fait valoir que, conformément aux vues exprimées par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Essence*⁶⁴, l'article XX ne devrait pas être considéré comme établissant une dérogation formelle au principe du GATT de la non-discrimination. Pris ensemble, les trois éléments du texte introductif de l'article XX imposent une obligation de ne pas établir une discrimination en fonction de l'origine du produit. S'agissant de la "non-discrimination", le type d'obligation imposé par le texte introductif est différent de celui qui est imposé par les articles premier et III du GATT de 1994, qui est fondé sur une interprétation stricte du concept de "produits similaires". Le texte introductif de l'article XX exige des gouvernements qu'ils interviennent afin de permettre la réalisation de l'un des objectifs énoncés dans les paragraphes de l'article XX pour assurer que les conditions de concurrence résultant de leur intervention ne favorisent pas *de jure* ou *de facto* les produits d'origine nationale, ni les produits d'une origine déterminée. Il ne devrait pas y avoir d'ambiguïté quant au niveau de protection et aux conditions de concurrence effectivement établis à la suite de l'intervention gouvernementale. Selon Hong Kong, Chine, une constatation juridique

⁶³ Adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 25.

⁶⁴ *Ibid.*

établissant l'existence d'une incompatibilité d'une mesure avec le texte introductif de l'article XX est subordonnée à une constatation de fait établissant qu'une mesure particulière ne respecte pas le principe de la non-discrimination. Si cette prescription est satisfaite, un groupe spécial peut alors examiner si les prescriptions énoncées dans un paragraphe de l'article XX sont elles aussi satisfaites.

77. Hong Kong, Chine affirme que l'article 609 contrevient au texte introductif de l'article XX dans la mesure où, après la décision prise en octobre 1996 par le Tribunal du commerce international des États-Unis, les crevettes pêchées dans des pays non certifiés étaient soumises à l'interdiction d'importer même si elles étaient pêchées avec des filets équipés de DET. Les conditions de concurrence qui en résultent montrent que l'article 609 ne satisfait pas à la prescription voulant qu'il n'y ait pas discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent. En outre, les Directives de 1993 ont supprimé la possibilité pour les producteurs étrangers de recourir à toute méthode de pêche autre que les DET lors de la pêche à la crevette pour éviter les prises accidentelles de tortues marines. Cela serait compatible avec le texte introductif de l'article XX uniquement si l'utilisation des DET s'avérait être le seul moyen permettant de réaliser l'objectif déclaré. Sinon, il faut reconnaître qu'il peut exister d'autres moyens dont l'efficacité peut être démontrée comme étant comparable à celle des DET, et les États-Unis doivent accorder le même traitement aux crevettes pêchées avec des mesures dont les exportateurs peuvent démontrer qu'elles ont une efficacité comparable à celle des DET. Sinon, l'article 609 devient un moyen de discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent. Si l'Organe d'appel juge nécessaire d'examiner la mesure en question au titre des paragraphes b) et g) de l'article XX, Hong Kong, Chine l'invite à tenir compte des arguments qu'elle a soumis au Groupe spécial et qui sont consignés dans le rapport de celui-ci, en particulier aux paragraphes 4.44 et 4.45.

5. Nigéria

78. Le Nigéria confirme ses vues telles qu'elles sont exprimées au paragraphe 4.53 du rapport du Groupe spécial et demande à l'Organe d'appel de confirmer la décision du Groupe spécial. Le Nigéria partage la préoccupation concernant la conservation et la protection des tortues marines, mais conteste les méthodes et mesures appliquées à cet effet. Sa position est expliquée aux paragraphes 169 et 171 du rapport (1996) du Comité du commerce et de l'environnement.⁶⁵

⁶⁵ Le Nigéria fait référence au document WT/CTE/1, 12 novembre 1996. Le paragraphe 169 du rapport se lit comme suit: "Les gouvernements Membres de l'OMC se sont engagés à ne pas introduire de restrictions au commerce ou de mesures compensatoires incompatibles avec l'OMC ou protectionnistes pour essayer de compenser les éventuels effets défavorables, réels ou présumés, des politiques environnementales sur l'économie ou la compétitivité nationale; cela serait non seulement contraire au caractère ouvert, équitable et non discriminatoire du système commercial multilatéral, mais serait également contre-productif pour ce qui est de la poursuite des objectifs environnementaux et de la promotion d'un développement durable. De même, et compte tenu du fait que les gouvernements ont le droit d'établir leurs normes environnementales nationales

III. Questions et décisions concernant la procédure

A. *Admissibilité des interventions d'organisations non gouvernementales jointes à la communication des États-Unis en tant qu'appelant*

79. Les États-Unis ont joint à leur communication en tant qu'appelant, déposée le 23 juillet 1998, trois pièces contenant des observations, ou des "interventions désintéressées" (*amicus curiae briefs*) présentées par les trois groupes ci-après d'organisations non gouvernementales⁶⁶: 1. Earth Island Institute; Humane Society des États-Unis; et Sierra Club; 2. Centre pour le droit environnemental international (Center for International Environmental Law – ("CIEL")); Centre pour la protection du milieu marin (Centre for Marine Conservation); Environmental Foundation Ltd; Mangrove Action Project; Philippine Ecological Network; Red Nacional de Accion Ecologica; et Sobrevivencia; et 3. Fonds mondial pour la nature et Foundation for International Environmental Law and Development. Le 3 août 1998, CIEL *et al.* ont présenté une version légèrement révisée de leur intervention.

80. Dans leur communication en tant qu'intimés agissant conjointement, déposée le 7 août 1998, les intimés agissant conjointement émettent des objections concernant ces interventions jointes à la

conformément à leurs conditions, besoins et priorités respectifs en matière d'environnement et de développement, les Membres de l'OMC notent qu'il serait inapproprié qu'ils assouplissent leurs normes environnementales nationales existantes ou l'application de ces normes afin de promouvoir leur commerce. Le CCE note la déclaration faite dans le rapport de 1995 sur les échanges et l'environnement au Conseil de l'OCDE au niveau des Ministres, selon laquelle il n'y a eu aucune preuve d'une relation systématique entre les politiques environnementales existantes et les incidences sur la compétitivité, ni d'un recours délibéré des pays à des normes environnementales peu élevées pour gagner des avantages concurrentiels. Le CCE se félicite des déclarations similaires faites dans d'autres instances intergouvernementales."

Le paragraphe 171 du rapport se lit comme suit: "Le CCE note que les gouvernements ont confirmé, dans les résultats de la Conférence des Nations Unies de 1992 sur l'environnement et le développement, leur engagement énoncé dans le Principe 12 de la *Déclaration de Rio*, à savoir que "toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de la juridiction du pays importateur devrait être évitée. Les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international." Il y a une complémentarité manifeste entre cette approche et les travaux de l'OMC visant à trouver des solutions multilatérales et concertées aux préoccupations commerciales. Le CCE approuve et appuie les solutions multilatérales fondées sur la coopération internationale et le consensus comme étant le moyen le meilleur et le plus efficace pour les gouvernements de s'attaquer aux problèmes environnementaux de caractère transfrontières ou mondial. Les Accords de l'OMC et les accords environnementaux multilatéraux traduisent les efforts déployés par la communauté internationale pour réaliser des objectifs communs et il faut tenir dûment compte des uns et des autres en établissant entre eux des relations qui s'étayent mutuellement."

⁶⁶ En ce qui concerne ces pièces, les États-Unis ont indiqué ce qui suit: "Encourager l'utilisation de DET pour promouvoir la conservation des tortues marines est une question très importante pour un certain nombre d'organisations environnementales non gouvernementales. Trois groupes d'organisations – ayant chacun des connaissances spécialisées dans le domaine de la conservation des tortues marines et d'autres espèces menacées – ont préparé des communications décrivant leurs points de vue indépendants respectifs en ce qui concerne l'utilisation des DET et d'autres questions. Ces renseignements sont communiqués par les États-

communication de l'appelant et demandent que l'Organe d'appel ne les prenne pas en compte. Les intimés agissant conjointement font valoir que la communication de l'appelant, y compris les trois pièces qui y sont jointes, n'est pas en conformité avec l'article 17:6 du Mémoire d'accord, qui dispose qu'un appel "sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci", ni avec la règle 21 2) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*. Ils demandent à l'Organe d'appel de considérer comme étant sans intérêt et de rejeter les affirmations factuelles contenues dans certains paragraphes de la communication de l'appelant, ainsi que les renseignements factuels figurant dans les pièces. À leur avis, en raison de l'incorporation de données inadmissibles dans les pièces jointes à la communication de l'appelant, celle-ci ne peut plus être considérée comme un "exposé précis" exigé par la règle 21 2) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*. Un certain nombre d'affirmations factuelles et juridiques contenues dans les pièces vont au-delà de la position adoptée par l'appelant, ce qui crée une confusion quant à la nature exacte et aux liens entre l'appel et les trois pièces.

81. Les intimés agissant conjointement indiquent en outre que la communication de pièces qui exposent les vues d'organisations non gouvernementales, et non les vues de l'appelant, n'est pas prévue ni autorisée par le Mémoire d'accord ou les *Procédures de travail pour l'examen en appel*. Ce genre de communication n'est pas conforme à l'article 17:4 du Mémoire d'accord, ni à la règle 28 1) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, qui dispose que c'est à l'Organe d'appel qu'il revient de demander des communications additionnelles. Selon les intimés agissant conjointement, la décision de l'appelant de joindre les pièces à sa communication donne lieu à la fois à des contradictions et à des incohérences internes et soulève de sérieux problèmes d'ordre procédural et systémique. Les intimés agissant conjointement soutiennent que, parce qu'elles ont été incorporées dans la communication de l'appelant, ces pièces ne sont plus des interventions désintéressées mais font partie de la communication de l'appelant et représentent aussi ce qui paraîtrait être la position officielle des États-Unis

82. Dans sa communication en tant qu'intimé, également déposée le 7 août 1998, la Malaisie demande elle aussi instamment que l'Organe d'appel décide que les trois pièces jointes à la communication des États-Unis en tant qu'appelant sont inadmissibles en l'espèce. La Malaisie rappelle ce qu'elle a fait valoir devant le Groupe spécial, à savoir que les interventions émanant d'organisations non gouvernementales ne relèvent pas de l'article 13 du Mémoire d'accord. En outre, selon la Malaisie, si les pièces étaient jugées admissibles cela ne serait pas compatible avec l'article 17:6 du Mémoire d'accord ni avec la règle 21 2) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, puisque la communication des États-Unis en tant qu'appelant et la pièce n° 2 contiennent des

Unis à l'Organe d'appel pour information; ils sont joints à la présente en tant que pièces n° 1 à 3 de l'appelant."

exposés des faits. De plus, l'article 17:4 du Mémorandum d'accord prévoit que seules les tierces parties ont le droit de présenter des communications écrites et orales. Les articles 11 et 17:12 du Mémorandum d'accord sont importants et ont pour objet de préserver l'admissibilité des éléments de preuve devant l'Organe d'appel. À titre subsidiaire, pour le cas où l'Organe d'appel décidait que les pièces n° 1 à 3 jointes à la communication de l'appelant devraient être admises, la Malaisie présente des réfutations contre chacune des pièces.

83. Le 11 août 1998, nous avons fait part aux participants et aux participants tiers de la décision suivante concernant cette question de procédure préliminaire:

Nous avons décidé de prendre en compte, dans la mesure où ils peuvent être pertinents, les arguments juridiques présentés par les diverses organisations non gouvernementales dans les trois interventions jointes en tant que pièces à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, ainsi que la version révisée de l'intervention du Center for International Environmental Law *et al.*, qui nous a été communiquée le 3 août 1998. Nous motiverons notre décision dans le rapport de l'Organe d'appel.

84. Dans la même décision, nous avons posé les questions suivantes à l'appelant, les États-Unis:

Dans quelle mesure approuvez-vous ou adoptez-vous un ou plusieurs des arguments juridiques exposés dans les trois interventions préparées par des organisations non gouvernementales et jointes en tant que pièces à votre communication en tant qu'appelant? En particulier, retenez-vous les arguments juridiques concernant les paragraphes b) et g) et le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994?

85. Nous avons demandé aux États-Unis de répondre par écrit à ces questions pour le 13 août 1998 et avons donné aux intimés et aux participants tiers la possibilité de répondre, pour le 17 août 1998, à la réponse donnée par les États-Unis concernant les aspects de ces interventions qu'ils approuvaient et renaient aux fins de leur appel, ainsi qu'aux arguments juridiques exposés dans les interventions des organisations non gouvernementales. Nous avons noté alors que la Malaisie avait déjà procédé de la sorte dans les pièces n° 1 à 3 jointes à sa communication en tant qu'intimé.

86. Le 13 août 1998, les États-Unis ont répondu ce qui suit:

La principale communication des États-Unis reflète les vues des États-Unis au sujet des questions de droit soulevées dans le présent appel. Comme nous l'avons expliqué dans notre communication en tant qu'appelant, les trois communications préparées par des organisations non gouvernementales reflètent les vues indépendantes de ces organisations ... Celles-ci ont un grand intérêt pour la

conservation des tortues marines et les questions connexes et ont des connaissances spécialisées en la matière. Il convient donc que l'Organe d'appel soit informé des vues de ces organisations. Les États-Unis n'adoptent pas ces vues en tant que questions distinctes auxquelles l'Organe d'appel doit répondre.

Les États-Unis approuvent les arguments juridiques exposés dans les communications des organisations non gouvernementales dans la mesure où ces arguments vont dans le même sens que ceux que nous avons présentés dans notre principale communication

87. Le 17 août 1998, les intimés agissant conjointement ont déposé une réponse conjointe, et la Malaisie une réponse distincte, aux questions soulevées dans la réponse des États-Unis et dans les pièces. Sans préjudice du fait qu'ils considéraient que la réception et la prise en compte par l'Organe d'appel des interventions des organisations non gouvernementales jointes à la communication de l'appelant n'étaient pas autorisées par le Mémorandum d'accord ni par les *Procédures de travail pour l'examen en appel*, les intimés agissant conjointement ont répondu à certains arguments juridiques exposés dans les interventions. La Malaisie a incorporé par référence les réfutations qu'elle avait présentées en ce qui concerne les interventions qui figuraient dans sa communication en tant qu'intimé du 7 août 1998 et a formulé certaines observations additionnelles au sujet de chacune des interventions. Le 17 août également, Hong Kong, Chine et le Mexique ont déposé des déclarations en ce qui concerne les mêmes questions. Hong Kong, Chine a indiqué que la réponse des États-Unis n'était pas claire et qu'il n'était pas possible, à ce stade, de faire d'autres observations sur les arguments juridiques. Pour sa part, le Mexique a indiqué que si l'Organe d'appel devait utiliser des arguments qui n'étaient pas couverts par l'article 17:6 du Mémorandum d'accord et qui étaient manifestement et expressément imputables à un Membre qui n'était pas partie au différend, l'Organe d'appel outrepasserait les pouvoirs que lui conférait le Mémorandum d'accord.

88. L'admissibilité des interventions de certaines organisations non gouvernementales qui ont été jointes à la communication des États-Unis en tant qu'appelant est un point de droit soulevé par les intimés. Il s'agit d'un point de droit qui n'a pas de rapport avec une constatation juridique faite par le Groupe spécial dans son rapport, ni d'une interprétation du droit donnée par le Groupe spécial. Pour cette raison, il nous a semblé approprié de le traiter séparément des questions soulevées par l'appelant et qui sont examinées dans les parties qui suivent du présent rapport de l'Organe d'appel.

89. Nous considérons que le fait de joindre une intervention ou d'autres documents à la communication de l'appelant ou de l'intimé, quelle que soit leur source ou la manière dont ils ont été communiqués, fait que ces documents sont du moins à première vue partie intégrante de la communication du participant. C'est bien entendu au participant à un appel qu'il appartient de déterminer ce qui figurera dans sa communication. Mais il faut aussi que ce soit le participant qui

dépose une communication qui assume la responsabilité de la teneur de celle-ci, y compris les éventuelles annexes ou autres pièces jointes.

90. Dans le présent appel, les États-Unis ont clairement fait savoir que leurs vues "concernant les points de droit soulevés dans le présent appel" sont exposées dans "la principale communication des États-Unis". Les États-Unis ont confirmé qu'ils approuvent les arguments juridiques figurant dans les communications jointes émanant des organisations non gouvernementales dans la mesure où ces arguments "sont conformes aux arguments avancés par les États-Unis dans leur principale communication".

91. Nous admettons, par conséquent, les interventions jointes à la communication des États-Unis en tant qu'appelant dans le cadre de la communication de l'appelant. Dans le même temps, vu que les États-Unis eux-mêmes n'ont admis les interventions qu'avec certaines réserves, dans les sections qui suivent nous nous attachons aux arguments juridiques figurant dans la principale communication des États-Unis en tant qu'appelant.

B. *Caractère suffisant de la déclaration d'appel*

92. Dans leur communication conjointe, déposée le 7 août 1998, les intimés agissant conjointement affirment que la déclaration d'appel des États-Unis présente un vice de forme et que ce n'est donc pas à bon droit que l'Organe d'appel est saisi de l'affaire. Ils font valoir que la déclaration d'appel de l'appelant est à la fois vague et superficielle et n'est donc pas conforme aux prescriptions de forme énoncées dans la règle 20 2) d) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*. Il ne s'agit pas non plus d'une "communication" en bonne et due forme déposée "dans le délai prescrit" conformément à la règle 29 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*. Il s'ensuit, fait-on valoir, que l'appel des États-Unis devrait être rejeté par l'Organe d'appel pour ce seul motif. La déclaration d'appel de l'appelant n'indique pas quelles sont les erreurs de droit d'une manière suffisante pour que les intimés puissent préparer une défense et cela, disent les intimés, les a empêchés de savoir quelles étaient les questions qui allaient faire l'objet de l'appel jusqu'à ce que l'appelant dépose sa communication écrite, dix jours plus tard. Cela a ramené de 25 à 15 jours le délai dont disposaient les intimés pour établir leurs communications présentées à titre de réponse.

93. Selon les intimés agissant conjointement, les déclarations d'appel vagues ne devraient pas être tolérées, et ce pour au moins deux raisons. Premièrement, les considérations de l'équité fondamentale et de la bonne foi veulent que l'appelant ne soit pas autorisé à avoir un avantage tactique parce qu'il ne respecte pas les prescriptions des *Procédures de travail pour l'examen en appel*. Deuxièmement, des communications soigneusement étudiées et bien rédigées servent le processus de prise de décisions à l'Organe d'appel.

94. Les États-Unis font valoir quant à eux que la déclaration d'appel comprenait précisément le type de "*bref* exposé de la nature de l'appel, y compris les allégations d'erreurs dans les questions de droits couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci" (souligné dans l'original) visées à la règle 20 2) d) des *Procédures de travail pour l'examen en appel*. Premièrement, la déclaration d'appel expliquait que les États-Unis faisaient appel des constatations relatives à des points de droits et des interprétations connexes du droit qui avaient amené le Groupe spécial à conclure que leur mesure ne relevait pas du texte introductif de l'article XX. Deuxièmement, la déclaration d'appel indiquait que les États-Unis faisaient appel de la constatation du Groupe spécial relative à la procédure selon laquelle le Groupe spécial n'était pas habilité à accepter des renseignements reçus de sources non gouvernementales. Les intimés n'ont pas expliqué quels étaient les renseignements additionnels qui, selon eux, auraient dû être inclus dans la déclaration d'appel. En outre, les États-Unis estiment que l'allégation des intimés selon laquelle il y avait préjudice n'était pas fondée. Les intimés savaient bien quel était l'argument fondamental que les États-Unis présenteraient pour soutenir leur allégation d'erreurs sur des points de droits. De fait, les intimés eux-mêmes avaient fait observer que l'appel des États-Unis reposait sur un seul élément, à savoir que le Groupe spécial avait établi un critère de la "menace pour le système commercial multilatéral" et que les États-Unis avaient déjà soulevé la même question durant la phase de réexamen intérimaire. En résumé, l'appel des États-Unis ne constituait pas une mauvaise surprise pour les intimés.

95. La partie pertinente de la règle 20 2) des *Procédures de travail pour l'examen en appel* dispose ce qui suit:

2) Une déclaration d'appel comprendra les renseignements suivants:

...

d) un *bref* exposé de la nature de l'appel, y compris les allégations d'erreurs dans les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci. (non souligné dans l'original)

Les *Procédures de travail pour l'examen en appel* invitent l'appelant à être *bref* dans sa déclaration d'appel lorsqu'il expose "la nature de l'appel, y compris les allégations d'erreurs". Nous pensons que, en principe, la "nature de l'appel" et "les allégations d'erreurs" sont exposées de manière suffisante lorsque la déclaration d'appel indique dûment les constatations formulées par le groupe spécial ou les interprétations du droit données par lui dont il est fait appel parce qu'elles sont considérées comme erronées. La déclaration d'appel n'est pas censée indiquer les raisons pour lesquelles l'appelant considère ces constatations ou interprétations comme étant erronées. La déclaration d'appel n'est pas censée résumer ou décrire les arguments qui seront avancés par l'appelant. Les arguments juridiques à

l'appui des allégations d'erreurs doivent, bien entendu, être exposés et développés dans la communication de l'appelant.

96. La déclaration d'appel contient bien la décision des États-Unis de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci. La déclaration mentionne ensuite les deux constatations prétendument erronées du Groupe spécial dont il est fait appel – la constatation selon laquelle la mesure des États-Unis ne fait pas partie des mesures autorisées au titre du texte introductif de l'article XX; et la constatation selon laquelle accepter des renseignements non demandés émanant de sources non gouvernementales est incompatible avec le Mémorandum d'accord. La déclaration n'indique pas les numéros des paragraphes du rapport du Groupe spécial qui contiennent les constatations susmentionnées, mais les intimés agissant conjointement n'affirment pas que cela est nécessaire. Les références à ces deux constatations du Groupe spécial faites dans la déclaration d'appel sont lapidaires⁶⁷, mais il n'est pas possible de se méprendre sur les constatations ou interprétations du Groupe spécial que l'Organe d'appel doit examiner. Nous considérons par conséquent que la déclaration d'appel des États-Unis satisfait aux prescriptions de la règle 20 2) d) des *Procédures de travail pour l'examen en appel* et nous écartons la demande des intimés agissant conjointement à l'effet de rejeter sommairement l'ensemble de l'appel pour le seul motif du caractère insuffisant de la déclaration d'appel.

97. Il ne reste plus qu'à rappeler que le droit d'une partie de faire appel des constatations juridiques et des interprétations du droit auxquelles un groupe spécial est arrivé dans une procédure de règlement des différends est un nouveau droit important établi dans le Mémorandum d'accord issu du Cycle d'Uruguay. Nous pensons qu'il convient d'interpréter les dispositions de la règle 20 2) et des autres règles des *Procédures de travail pour l'examen en appel* comme donnant tout son sens et plein effet au droit d'appel et comme donnant à une partie qui se considère lésée par une constatation juridique ou une interprétation du droit figurant dans le rapport d'un groupe spécial une possibilité réelle et effective de démontrer l'erreur dans une telle constatation ou interprétation. Il n'est guère nécessaire d'ajouter qu'un intimé a, bien entendu, toujours droit à la garantie totale d'une procédure régulière. Dans le présent appel, la meilleure indication que la mesure en cause n'a en aucune façon été compromise par la déclaration d'appel déposée par les États-Unis est la nature élaborée et approfondie des communications des intimés.

⁶⁷ L'interprétation du Groupe spécial concernant les renseignements non demandés et sa constatation relative à l'incompatibilité de l'article 609 avec l'article XX du GATT de 1994 sont elles-mêmes exprimées en des termes assez lapidaires; rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.8, quatrième phrase, 7.49 et 7.62.

IV. Questions soulevées dans le présent appel

98. L'appelant, les États-Unis, soulève les questions ci-après dans le présent appel, à savoir:

- a) si le Groupe spécial a commis une erreur en constatant qu'accepter des renseignements non demandés émanant de sources non gouvernementales serait incompatible avec les dispositions du Mémorandum d'accord telles qu'elles sont actuellement appliquées; et
- b) si le Groupe spécial a commis une erreur en constatant que la mesure en cause constitue une discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent et ne fait donc pas partie des mesures autorisées au titre de l'article XX du GATT de 1994.

V. Procédure du Groupe spécial et renseignements non demandés

99. Au cours de la procédure du Groupe spécial, celui-ci a reçu, le 28 juillet 1997, une intervention du Centre pour la protection du milieu marin (Center for Marine Conservation – "CMC") et du Centre pour le droit environnemental international (Center for International Environmental Law – "CIEL"). Tous deux sont des organisations non gouvernementales. Le 16 septembre 1997, le Groupe spécial a reçu une autre intervention, émanant du Fonds mondial pour la nature. Le Groupe spécial a accusé réception des deux interventions, que les organisations non gouvernementales avaient aussi envoyées directement aux parties au différend. Les parties plaignantes – Inde, Malaisie, Pakistan et Thaïlande – ont demandé au Groupe spécial de ne pas prendre en compte la teneur des interventions dans son examen du différend. Par contre, les États-Unis ont engagé le Groupe spécial à faire usage de tout renseignement pertinent contenu dans les deux interventions, ainsi que dans toutes autres communications semblables.⁶⁸ Le Groupe spécial a statué sur cette question de la façon suivante:

Nous n'avons pas demandé les renseignements figurant dans les documents susmentionnés. Nous notons que, conformément à l'article 13 du Mémorandum d'accord, l'initiative de demander des renseignements et d'en choisir la source revient au Groupe spécial. Dans toute autre situation, seules les parties et les tierces parties sont autorisées à communiquer des renseignements directement au Groupe spécial. Accepter des renseignements non demandés émanant de sources non gouvernementales serait, à notre avis, incompatible avec les dispositions du Mémorandum d'accord telles qu'elles sont actuellement appliquées. Nous avons donc informé les

⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.129.

parties que nous n'avions pas l'intention de prendre ces documents en considération. Nous avons en outre fait observer que l'usage était que les parties présentent tous documents qu'elles jugeaient pertinents pour étayer leur argumentation et que, si une partie au présent différend voulait présenter ces documents, en tout ou partie, dans le cadre de sa propre communication au Groupe spécial, elle était libre de le faire. Les autres parties auraient alors deux semaines pour répondre aux éléments additionnels. Nous avons noté que les États-Unis avaient utilisé cette possibilité en annexant la section III du document présenté par le Centre pour la protection du milieu marin et le Centre pour le droit environnemental international à leur deuxième communication au Groupe spécial.⁶⁹ (non souligné dans l'original)

100. Nous notons que le Groupe spécial a fait deux choses. Premièrement, il a donné une interprétation juridique de certaines dispositions du Mémoire d'accord: accepter des renseignements non demandés émanant de sources gouvernementales serait "incompatible avec les dispositions du Mémoire d'accord telles qu'elles sont actuellement appliquées". Évidemment, à la suite de cette interprétation juridique, le Groupe spécial a annoncé qu'il ne prendrait pas en considération les interventions communiquées par des organisations non gouvernementales. Deuxièmement, le Groupe spécial a néanmoins autorisé une partie au différend à présenter des interventions, en tout ou partie, dans le cadre de sa propre communication au Groupe spécial, la ou les autres parties ayant alors deux semaines de plus pour répondre aux éléments additionnels. Les États-Unis font appel de cette interprétation du droit donnée par le Groupe spécial.

101. Il convient peut-être de souligner d'emblée que seuls les Membres de l'Organisation ont accès au processus de règlement des différends de l'OMC. En vertu de l'*Accord sur l'OMC* et des autres accords visés actuellement en vigueur, les personnes ou les organisations internationales, qu'elles soient gouvernementales ou non gouvernementales, n'y ont pas accès. Seuls les Membres peuvent devenir parties à un différend dont un groupe spécial peut être saisi, et seuls les Membres qui ont "un intérêt substantiel dans une affaire portée devant un groupe spécial" peuvent être tierces parties dans la procédure de ce groupe spécial.⁷⁰ Ainsi, en vertu du Mémoire d'accord, seuls les Membres qui sont parties à un différend, ou qui ont informé l'ORD de leur souhait de devenir tierces parties dans ce différend, ont un *droit légal* de présenter des communications à un groupe spécial et ont un *droit légal* à ce que ces communications soient examinées par un groupe spécial.⁷¹ En conséquence, un groupe

⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8.

⁷⁰ Voir les articles 4, 6, 9 et 10 du Mémoire d'accord.

⁷¹ Articles 10 et 12 et Appendice 3 du Mémoire d'accord. Nous notons que l'article 17:4 du Mémoire d'accord limite aux parties à un différend le droit de faire appel du rapport d'un groupe spécial et permet aux tierces parties qui ont informé l'ORD qu'elles ont un intérêt substantiel dans l'affaire de présenter des communications écrites à l'Organe d'appel et d'avoir la possibilité de se faire entendre par lui.

spécial est légalement *tenu* de n'accepter et prendre dûment en compte que les communications présentées par les parties et les tierces parties au cours de la procédure. Ce sont des postulats juridiques fondamentaux; ils ne permettent pas, cependant, de trancher la question qui découle en l'espèce de la première allégation d'erreur formulée par l'appelant. Nous pensons que la meilleure façon de traiter cette question d'interprétation est de voir ce qu'un groupe spécial est *autorisé* à faire en vertu du Mémorandum d'accord.

102. L'article 13 du Mémorandum d'accord est libellé comme suit:

Article 13

Droit de demander des renseignements

1. *Chaque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques.* Toutefois, avant de demander de tels renseignements ou avis à toute personne ou à tout organisme relevant de la juridiction d'un Membre, il en informera les autorités de ce Membre. *Les Membres devraient répondre dans les moindres délais et de manière complète à toute demande de renseignements présentée par un groupe spécial qui jugerait ces renseignements nécessaires et appropriés.* Les renseignements confidentiels ne seront pas divulgués sans l'autorisation formelle de la personne, de l'organisme ou des autorités du Membre qui les aura fournis.

2. *Les groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question.* A propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts. Les règles régissant l'établissement d'un tel groupe et les procédures de celui-ci sont énoncées dans l'Appendice 4. (non souligné dans l'original)

103. Dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, nous avons fait observer que l'article 13 du Mémorandum d'accord⁷² "[habilite] les groupes spéciaux à demander des renseignements et des avis comme ils le jugent approprié pour une affaire donnée".⁷³ De même, dans l'affaire *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, nous avons établi ce qui suit:

⁷² De même que l'article 11:2 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*.

⁷³ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, paragraphe 147.

Conformément à l'article 13:2 du Mémorandum d'accord, un groupe spécial peut demander des renseignements à toute source qu'il jugera appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question. *Il s'agit là d'un pouvoir discrétionnaire: un groupe spécial n'est pas tenu, en vertu de cette disposition, de demander des renseignements dans chaque cas ni de consulter des experts individuels.* Nous rappelons ce que nous avons dit à ce sujet dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, à savoir que l'article 13 du Mémorandum d'accord habilite un groupe spécial à demander des renseignements et des avis techniques comme il le juge approprié pour une affaire donnée et que le Mémorandum d'accord laisse "au groupe spécial la liberté de déterminer si l'établissement d'un groupe consultatif d'experts est nécessaire ou approprié". *Tout comme un groupe spécial est libre de déterminer comment demander l'avis d'experts, il est libre de déterminer s'il doit ou non demander des renseignements ou l'avis d'experts.*

...

Dans la présente affaire, nous constatons que *le Groupe spécial a agi dans les limites du pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les articles 11 et 13 du Mémorandum d'accord en décidant de ne pas demander de renseignements au FMI ni d'entrer en consultations avec lui.*⁷⁴

104. Il convient d'insister sur le caractère global du pouvoir qu'a un groupe spécial de "demander" des renseignements et des avis techniques "à toute personne ou à tout organisme" qu'il peut juger approprié, ou "à toute source qu'il [jugera] appropriée". Ce pouvoir englobe plus que le seul choix de la *source* des renseignements ou des avis que le groupe spécial peut demander et plus que la seule évaluation de ceux-ci. Le pouvoir conféré à un groupe spécial comprend la possibilité de décider de *ne pas demander* de tels renseignements ou avis du tout. Nous considérons qu'un groupe spécial a aussi le pouvoir *d'accepter ou de rejeter* tout renseignement ou avis qu'il pourrait avoir demandé et reçu, ou *d'en disposer d'une autre façon appropriée*. Un groupe spécial a en particulier la possibilité et le pouvoir de déterminer *si des renseignements et des avis sont nécessaires* dans une affaire donnée, d'évaluer l'*admissibilité* et la *pertinence* des renseignements ou avis reçus et de décider *quelle importance il convient d'accorder à ces renseignements ou avis* ou de conclure qu'aucune importance ne devrait être accordée à ce qui a été reçu.

105. Il est également utile de signaler que l'article 12:1 du Mémorandum d'accord autorise les groupes spéciaux à déroger aux procédures de travail énoncées dans l'Appendice 3 du Mémorandum d'accord ou à les étoffer et, en fait, à élaborer leurs propres procédures de travail, après avoir consulté les parties au différend. Quant à l'article 12:2, il dispose que "[l]a procédure des groupes spéciaux

⁷⁴ Rapport adopté le 22 avril 1998, WT/DS56/AB/R, paragraphes 84 et 86.

devrait offrir une *flexibilité suffisante* pour que *les rapports des groupes* soient de *haute qualité* sans toutefois *retarder indûment les travaux des groupes*". (non souligné dans l'original)

106. L'idée qui sous-tend les articles 12 et 13, considérés ensemble, est que le Mémorandum d'accord donne à un groupe spécial établi par l'ORD, et engagé dans une procédure de règlement d'un différend, le pouvoir ample et étendu d'engager et de contrôler le processus par lequel il s'informe aussi bien des faits pertinents de la cause que des normes et principes juridiques applicables à ces faits. Ce pouvoir, et son étendue, sont donc tout à fait nécessaires pour permettre à un groupe spécial de s'acquitter de la tâche que lui impose l'article 11 du Mémorandum d'accord – "procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une *évaluation objective des faits de la cause*, de l'*applicabilité des dispositions des accords visés pertinents* et de la *conformité des faits avec des dispositions ...*". (non souligné dans l'original)

107. Dans ce contexte de pouvoir étendu conféré aux groupes spéciaux par le Mémorandum d'accord, et compte tenu de l'objet et du but du mandat du Groupe spécial tel qu'il est défini à l'article 11, nous ne pensons pas que le terme "demander" doive nécessairement être interprété, comme le Groupe spécial paraît l'avoir fait, d'une manière trop littérale. Il est évident que l'interprétation du terme "demander" donnée par le Groupe spécial a un caractère indûment formel et technique si une "personne" ou un "organisme" devait d'abord demander à un groupe spécial la permission de présenter un exposé ou une intervention. Dans ce cas, un groupe spécial peut refuser d'accorder l'autorisation demandée. Si, lorsqu'il exerce la liberté qui lui est laissée dans un cas particulier, un groupe spécial conclut, entre autres choses, qu'il pourrait le faire "sans retarder indûment [ses] travaux", il pourrait donner la permission de présenter un exposé ou une intervention, sous réserve des conditions qu'il juge appropriées. L'exercice de la liberté laissée au groupe spécial pourrait, bien entendu, et peut-être devrait, comprendre des consultations avec les parties au différend. Dans ce genre de situation, à toutes fins pratiques et utiles, la distinction entre renseignements "demandés" et "non demandés" disparaît.

108. Dans le présent contexte, il n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de *demande* des renseignements à une *interdiction* d'accepter des renseignements qui ont été présentés à un groupe spécial sans avoir été demandés. Un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, *qu'il les ait ou non demandés*. Le fait qu'un groupe spécial peut *motu proprio* avoir été à l'origine de la demande de renseignements n'oblige pas, en soi, le groupe spécial à accepter et à prendre en compte les renseignements qui sont effectivement présentés. L'étendue du pouvoir conféré aux groupes spéciaux pour ce qui est de définir les processus d'établissement des faits et d'interprétation juridique montre

clairement qu'un groupe spécial ne sera *pas* inondé, pour ainsi dire, de pièces non demandées, à *moins qu'il n'accepte d'être ainsi inondé*.

109. En outre, l'acceptation et le rejet des renseignements et avis du genre de ceux qui ont été présentés au Groupe spécial ne constituent pas forcément tous les moyens possibles d'en disposer. En l'espèce, le Groupe spécial n'a pas rejeté purement et simplement les renseignements. Il a plutôt indiqué que, si une partie voulait "présenter ces documents, en tout ou partie, dans le cadre de sa propre communication au Groupe spécial, elle était libre de le faire".⁷⁵ En réponse, les États-Unis ont alors annexé la section III du document présenté par le CIEL/CMC à leur deuxième communication au Groupe spécial, et le Groupe spécial a donné deux semaines aux intimés pour répondre. Nous pensons que la façon dont le Groupe spécial a procédé en l'espèce peut être dissociée, pour ainsi dire, de l'interprétation juridique que le Groupe spécial a donnée du terme "demander" figurant à l'article 13:1 du Mémoire d'accord. Les choses étant vues sous cet angle, nous concluons que la façon dont le Groupe spécial a traité ces interventions ne constitue ni une erreur de droit ni un abus de son pouvoir discrétionnaire sur ce point. Le Groupe spécial avait donc le droit d'examiner et de prendre en compte la section de l'intervention que les États-Unis ont annexée à leur deuxième communication au Groupe spécial, comme n'importe quelle autre des pièces présentées par les États-Unis.

110. Nous constatons, et donc nous affirmons, que le Groupe spécial a commis une erreur dans son interprétation juridique selon laquelle accepter des renseignements non demandés émanant de sources non gouvernementales est incompatible avec les dispositions du Mémoire d'accord. Dans le même temps, nous considérons que le Groupe spécial a agi dans les limites du pouvoir que lui confèrent les articles 12 et 13 du Mémoire d'accord en permettant à une partie au différend d'annexer les interventions d'organisations non gouvernementales, en tout ou partie, à sa propre communication.

VI. Évaluation de l'article 609 au titre de l'article XX du GATT de 1994

111. Nous en venons maintenant à la deuxième question soulevée par l'appelant, les États-Unis, qui est de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur en constatant que la mesure en cause⁷⁶ constitue une discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent et ne fait donc pas partie des mesures autorisées au titre de l'article XX du GATT de 1994.

⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8.

⁷⁶ Dans le présent rapport, la mesure des États-Unis en cause est dénommée "l'article 609" ou "la mesure". Par ces termes, nous entendons l'article 609 et les Directives de 1996.

A. *Constatations et analyse interprétative du Groupe spécial*

112. Les constatations du Groupe spécial, dont les États-Unis font appel, et les points essentiels de l'argumentation à l'appui de ses constatations, sont reproduits ci-après *in extenso*:

... [N]ous sommes d'avis que le *texte introductif de l'article XX*, interprété dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du GATT et de l'Accord sur l'OMC, *autorise uniquement les Membres à déroger aux dispositions du GATT dans la mesure où, ce faisant, ils ne portent pas atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC*, abusant ainsi également des exceptions énoncées à l'article XX. Il y aurait une telle atteinte et un tel abus lorsqu'un Membre compromet le fonctionnement de l'Accord sur l'OMC de telle manière qu'un accès garanti au marché et un traitement non discriminatoire dans un cadre multilatéral ne seraient plus possibles. ... Nous sommes d'avis qu'un *type de mesure qu'un Membre adopte* et qui, en lui-même, peut sembler avoir une incidence relativement mineure sur le système commercial multilatéral, *peut néanmoins représenter une grave menace pour ce système si des mesures analogues sont adoptées par le même Membre ou d'autres Membres*. Ainsi, en autorisant ce type de mesures, même si leur incidence individuelle peut ne pas sembler de nature à menacer le système commercial multilatéral, on affecterait la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Nous constatons en conséquence qu'au moment d'examiner une mesure au titre de l'article XX, nous devons déterminer non seulement si la mesure *en elle-même* porte atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC, mais aussi si *ce type de mesure*, au cas où il serait adopté par d'autres Membres, menacerait la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral.⁷⁷

À notre avis, si l'on devait interpréter le texte introductif de l'article XX comme autorisant un Membre à *adopter des mesures subordonnant l'accès à son marché pour un produit déterminé à l'adoption par les Membres exportateurs de certaines politiques, y compris des politiques de conservation*, le GATT de 1994 et l'Accord sur l'OMC ne pourraient plus servir de cadre multilatéral pour le commerce entre les Membres, car la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales au titre de ces accords seraient menacées. Cela tient au fait que, si un Membre de l'OMC était autorisé à adopter de telles mesures, d'autres Membres auraient alors aussi le droit d'adopter sur le même sujet des mesures analogues mais comportant des prescriptions différentes, voire contradictoires. ... L'accès aux marchés pour les marchandises pourrait alors être soumis à un nombre croissant de prescriptions contradictoires en matière de politique concernant le même produit et cela aboutirait rapidement à la fin du système commercial multilatéral de l'OMC.⁷⁸

⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.44.

⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.45.

... L'article 609, tel qu'il est appliqué, est ... une mesure subordonnant l'accès au marché des États-Unis pour un produit déterminé à l'adoption par les Membres exportateurs de politiques de conservation que les États-Unis jugent comparables à leur propre politique pour ce qui est des programmes de réglementation et des prises accidentelles.⁷⁹

... il nous semble que, à la lumière du contexte du terme "injustifiable" et de l'objet et du but de l'Accord sur l'OMC, *la mesure des États-Unis en cause constitue une discrimination injustifiable* entre les pays où les mêmes conditions existent et ne fait donc pas partie des mesures autorisées au titre de l'article XX.⁸⁰

...

Nous constatons en conséquence que *la mesure des États-Unis en cause ne fait pas partie des mesures autorisées au titre du texte introductif de l'article XX.*⁸¹ (non souligné dans l'original)

113. Les parties pertinentes de l'article XX du GATT de 1994 sont libellées comme suit:

Article XX

Exceptions générales

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre des mesures

...

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;

...

g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales;

114. Le Groupe spécial n'a pas suivi toutes les étapes de l'application des "règles coutumières d'interprétation du droit international public", comme l'exige l'article 3:2 du Mémoire d'accord.

⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.48.

⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.49.

⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.62.

Ainsi que nous l'avons souligné à de nombreuses reprises⁸², ces règles appellent un examen du sens ordinaire des termes d'un traité, lus dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité considéré. Celui qui interprète un traité doit commencer par fixer son attention sur le texte de la disposition particulière à interpréter. C'est dans les termes qui constituent cette disposition, lus dans leur contexte, que l'objet et le but des États parties au traité doit d'abord être cherché. Lorsque le sens imparti par le texte lui-même est ambigu et n'est pas concluant, ou lorsque l'on veut avoir la confirmation que l'interprétation du texte lui-même est correcte, il peut être utile de faire appel à l'objet et au but du traité dans son ensemble.⁸³

115. En l'espèce, le Groupe n'a pas examiné expressément le sens ordinaire des termes de l'article XX. Il n'a pas tenu compte du fait que les clauses introductives de l'article XX parlent de la "façon" dont les mesures que l'on cherche à justifier sont "appliquées". Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, nous avons fait observer que le texte introductif de l'article XX "s'applique expressément non pas tant à la mesure en cause ou à sa teneur spécifique proprement dite, *mais plutôt à la manière dont la mesure est appliquée*".⁸⁴ (non souligné dans l'original) Le Groupe spécial n'a pas examiné spécifiquement la façon dont l'*application* de l'article 609 constitue "soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international". Ce que le Groupe spécial a fait en prétendant examiner la compatibilité de la mesure avec le texte introductif de l'article XX, c'est d'insister plusieurs fois sur la *conception de la mesure elle-même*. Par exemple, le Groupe spécial a souligné qu'il examinait "une situation particulière dans laquelle un Membre a pris des mesures unilatérales qui, *par leur nature*, pourraient mettre en danger le système commercial multilatéral".⁸⁵ (non souligné dans l'original)

⁸² Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel concernant les affaires suivantes: *États-Unis – Essence*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 18; *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pages 11 à 13; *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, adopté le 16 janvier 1998, WT/DS50/AB/R, paragraphes 45 et 46; *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, adopté le 13 février 1998, WT/DS56/AB/R, paragraphe 47; et *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, adopté le 22 juin 1998, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, paragraphe 85.

⁸³ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, deuxième édition (Manchester University Press, 1984), pages 130 et 131.

⁸⁴ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/ABR/R, page 25.

⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.60. Aux paragraphes 7.33 et 7.34 de son rapport, le Groupe spécial a également indiqué ce qui suit:

... Conformément au texte introductif de l'article XX, une mesure peut établir une discrimination, mais pas de façon "arbitraire" ou "injustifiable".

Nous examinons donc, ensuite, *si la mesure des États-Unis subordonnant l'accès au marché à l'adoption de certaines politiques de conservation par le Membre exportateur pourrait être considérée comme une discrimination "injustifiable"* ... (non souligné dans l'original)

116. Il convient, cependant, que l'on examine la conception générale d'une mesure, par opposition à son application, lorsque l'on détermine si cette mesure relève de l'un ou l'autre des paragraphes de l'article XX qui suivent le texte introductif. Le Groupe spécial a omis d'étudier de près le contexte *immédiat* du texte introductif, à savoir les paragraphes a) à j) de l'article XX. En outre, il n'a pas examiné l'objet et le but du *texte introductif de l'article XX*. Il a plutôt examiné l'objet et le but de *l'ensemble du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC*, dont l'objet et le but sont décrits d'une manière par trop générale. Aussi, le Groupe spécial est-il arrivé à la formulation très générale selon laquelle les mesures qui "portent atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC"⁸⁶ doivent être considérées comme "ne faisant pas partie des mesures autorisées au titre du texte introductif de l'article XX".⁸⁷ La volonté de maintenir le système commercial multilatéral, et non d'y porter atteinte, est forcément un principe fondamental et constant qui sous-tend l'*Accord sur l'OMC*; mais ce n'est ni un droit ni une obligation, ni une règle d'interprétation pouvant être utilisée pour évaluer une mesure donnée au regard du texte introductif de l'article XX. Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, nous avons indiqué qu'il importait "de souligner que le but et l'objet des clauses introductives de l'article XX est généralement de prévenir "*l'abus des exceptions énumérées à [l'article XX]*"".⁸⁸ (non souligné dans l'original) Le Groupe spécial n'a pas essayé de voir en quoi la mesure en cause était *appliquée de façon* à constituer *un usage abusif ou impropre d'un type d'exception donné*.

117. Les défauts susmentionnés de l'analyse et des constatations du Groupe spécial sont dus presque naturellement au fait que le Groupe spécial n'a pas suivi l'ordre des étapes qui sont essentielles pour procéder à une telle analyse. Le Groupe spécial a défini son approche comme consistant tout d'abord à "[déterminer] si la mesure en cause satisfait aux conditions énoncées dans le texte introductif".⁸⁹ S'il constatait que tel était le cas, il "[examinerait] ensuite si la mesure des États-Unis est couverte par les termes de l'article XX b) ou g)".⁹⁰ Le Groupe spécial a tenté de justifier comme suit son approche en matière d'interprétation:

Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans son rapport sur l'affaire *Essence*, pour que la justification prévue à l'article XX puisse s'appliquer à une mesure déterminée, celle-ci ne doit pas seulement relever de l'une ou l'autre des exceptions particulières - alinéas a) à j) - énumérées à l'article XX; elle doit aussi satisfaire aux prescriptions établies dans la clause introductive de l'article XX. Nous notons que

⁸⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.44.

⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.62.

⁸⁸ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 25.

⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.29.

⁹⁰ *Ibid.*

les groupes spéciaux ont par le passé examiné les alinéas spécifiques de l'article XX avant d'étudier l'applicabilité des conditions énoncées dans le texte introductif. Toutefois, *comme les conditions énoncées dans la disposition introductive s'appliquent à chacun des alinéas de l'article XX, il semble tout aussi approprié d'analyser tout d'abord la disposition introductive de l'article XX.*⁹¹ (non souligné dans l'original)

...

118. Dans l'affaire *États-Unis - Essence*, nous avons énoncé la méthode appropriée pour appliquer l'article XX du GATT de 1994:

Pour que la protection conférée par l'article XX puisse s'appliquer à elle afin de la justifier, la mesure en cause ne doit pas seulement relever de l'une ou l'autre des exceptions particulières – paragraphes a) à j) – énumérées à l'article XX; elle doit aussi satisfaire aux prescriptions établies dans les clauses introductives de l'article XX. En d'autres termes, *l'analyse est double: premièrement, justification provisoire de la mesure au motif qu'elle relève de l'article XX g); deuxièmement, nouvelle évaluation de la même mesure au regard des clauses introductives de l'article XX.*⁹² (non souligné dans l'original)

119. L'ordre des étapes indiqué ci-dessus à suivre pour analyser une allégation concernant une justification au titre de l'article XX ne dénote pas un choix fortuit ou aléatoire, mais plutôt la structure et la logique fondamentales de l'article XX. Le Groupe spécial semble donner à entendre, ne serait-ce que de façon indirecte, que suivre l'ordre des étapes indiqué, ou l'inverser, ne fait aucune différence. Pour le Groupe spécial, inverser l'ordre indiqué dans l'affaire *États-Unis – Essence* "semble tout aussi approprié".⁹³ Nous ne partageons pas ce point de vue.

120. La tâche qui consiste à interpréter le texte introductif de façon à empêcher l'usage abusif ou impropre des exceptions spécifiques prévues à l'article XX devient très difficile, sinon tout à fait impossible, lorsque celui qui interprète (comme le Groupe spécial en l'espèce) n'a pas d'abord identifié et examiné l'exception spécifique susceptible d'abus. Les critères établis dans le texte introductif ont, en outre, une portée qui est nécessairement étendue: l'interdiction d'*appliquer* une mesure "de façon à" ce que celle-ci constitue soit "une *discrimination arbitraire* ou *injustifiable* entre les pays où les mêmes conditions existent" soit "une *restriction déguisée* au commerce international". (non souligné dans l'original) Lorsqu'ils sont appliqués dans un cas particulier, les grandes lignes et la teneur effectives de ces critères varient en fonction de la mesure à l'examen. Ce qu'il est approprié de définir comme étant une "discrimination arbitraire" ou une "discrimination injustifiable" ou une "restriction

⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.28.

⁹² Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 24.

⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.28.

déguisée au commerce international" pour ce qui est d'une catégorie de mesures ne le serait pas forcément pour ce qui est d'un autre groupe ou type de mesures. Par exemple, le critère de la "discrimination arbitraire", énoncé dans le texte introductif peut être différent dans le cas d'une mesure qui se veut nécessaire pour protéger la moralité publique et dans le cas d'une mesure se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons.

121. Les conséquences de l'approche en matière d'interprétation adoptée par le Groupe spécial ressortent des constatations de celui-ci. Le Groupe spécial a formulé un critère général et une norme pour évaluer les mesures que l'on cherchait à justifier au regard du texte introductif; c'est un critère ou une norme qui n'a aucun fondement, que ce soit dans le texte introductif ou dans le texte des deux exceptions spécifiques invoquées par les États-Unis. Le Groupe spécial a, en fait, établi un critère *a priori* qui prétend définir une catégorie de mesures qui, *ratione materiae*, ne peuvent pas bénéficier de la protection, qui les justifierait, conférée par le texte introductif de l'article XX.⁹⁴ En l'espèce, le Groupe spécial a constaté que la mesure des États-Unis en question relevait de cette catégorie de mesures exclues parce que l'article 609 subordonnait l'accès au marché de la crevette des États-Unis à l'adoption par les pays exportateurs de certaines politiques de conservation prescrites par les États-Unis. Il nous apparaît, cependant, que l'assujettissement de l'accès au marché intérieur d'un Membre au respect ou à l'adoption par les Membres exportateurs d'une politique ou de politiques prescrites unilatéralement par le Membre importateur peut, jusqu'à un certain point, être un élément commun aux mesures relevant de l'une ou l'autre des exceptions a) à j) prévues à l'article XX. Les paragraphes a) à j) comprennent les mesures qui sont reconnues comme étant des *exceptions aux obligations de fond* établies par le GATT de 1994, parce que les politiques internes incorporées dans ces mesures ont été reconnues comme ayant un caractère important et légitime. Il n'est pas nécessaire de tenir pour établi que le fait d'exiger des pays exportateurs qu'ils respectent ou adoptent certaines politiques (même si elles sont couvertes en principe par telle ou telle exception) prescrites par le pays importateur a pour résultat qu'une mesure n'est pas susceptible *a priori* de justification au titre de l'article XX. Une telle interprétation rend inutile la plupart des exceptions spécifiques prévues à l'article XX, sinon toutes, résultat qui est incompatible avec les principes d'interprétation que nous sommes tenus d'appliquer.

122. Nous considérons que les constatations du Groupe spécial citées au paragraphe 112 ci-dessus, ainsi que l'analyse interprétative qui y est associée, constituent une erreur d'interprétation juridique et nous les infirmons donc.

⁹⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.50.

123. Ayant infirmé la conclusion juridique du Groupe spécial selon laquelle la mesure des États-Unis en cause "ne fait pas partie des mesures autorisées au titre du texte introductif de l'article XX"⁹⁵, nous estimons que nous avons en l'espèce le devoir et la responsabilité d'achever l'analyse juridique afin de déterminer si l'article 609 peut être justifié au regard de l'article XX. Dans cette optique, nous avons pleinement conscience de nos attributions et de notre mandat au titre de l'article 17 du Mémorandum d'accord. Nous nous sommes trouvés dans des situations similaires à un certain nombre de reprises. Dans l'affaire *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, la dernière que nous avons examinée, nous avons indiqué ce qui suit:

Dans certains appels ..., l'infirmerie de la constatation d'un groupe spécial concernant une question de droit peut nous amener à formuler une constatation sur une question de droit qui n'a pas été traitée par le groupe spécial.⁹⁶

Dans cette affaire, ayant infirmé la constatation du groupe spécial concernant l'article 5:1 b) de l'*Accord sur l'agriculture*, nous avons achevé l'analyse juridique en formulant une constatation au sujet de la compatibilité de la mesure en cause avec l'article 5:5 de l'*Accord sur l'agriculture*. De la même façon, dans l'affaire *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*⁹⁷, ayant infirmé les constatations du groupe spécial sur la question des "produits similaires" au sens de la première phrase de l'article III:2 du GATT de 1994, nous avons examiné la compatibilité de la mesure avec la deuxième phrase de l'article III:2. Et, dans l'affaire *États-Unis - Essence*⁹⁸, ayant infirmé les constatations du groupe spécial concernant la première partie de l'article XX g) du GATT de 1994, nous avons achevé l'analyse des termes de l'article XX g), puis examiné l'application de la mesure en cause au titre du texte introductif de l'article XX.

124. Comme dans ces affaires précédentes, nous estimons que nous avons en l'espèce la responsabilité d'examiner l'allégation des États-Unis concernant la justification de l'article 609 au regard de l'article XX pour pouvoir régler comme il convient ce différend entre les parties. Nous le faisons, en partie, parce que nous reconnaissons que l'article 3:7 du Mémorandum d'accord souligne ce qui suit: "Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends". Heureusement, dans la présente affaire, comme dans les affaires antérieures

⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.62.

⁹⁶ Rapport adopté le 23 juillet 1998, WT/DS69/AB/R, paragraphe 156.

⁹⁷ Rapport adopté le 30 juillet 1997, WT/DS31/AB/R, pages 26 et 27.

⁹⁸ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, pages 21 et suivantes.

susmentionnées, nous pensons que les faits versés au dossier du groupe spécial nous permettent d'achever l'analyse requise pour régler ce différend.

B. *Article XX g): Justification provisoire de l'article 609*

125. Pour justifier leur mesure, les États-Unis invoquent principalement l'article XX g). La justification au regard de l'article XX b) n'est alléguée qu'à titre subsidiaire; en effet, les États-Unis estiment que nous ne devrions examiner l'article XX b) que si nous constatons que l'article 609 ne relève pas de l'article XX g).⁹⁹ Nous procédons donc au premier volet de l'analyse de l'article 609 et examinons s'il peut se justifier provisoirement au regard de l'article XX g).

126. Le paragraphe g) de l'article XX couvre les mesures:

se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales;

1. "ressources naturelles épuisables"

127. Nous étudions d'abord la question déterminante de savoir si l'article 609 est une mesure qui concerne la conservation des "ressources naturelles épuisables" au sens de l'article XX g). Il va sans dire que le Groupe spécial, ayant choisi de commencer par analyser le texte introductif, n'a pas formulé de constatation sur le point de savoir si les tortues marines que l'article 609 vise à préserver constituent des "ressources naturelles épuisables" aux fins de l'article XX g). Au cours de la procédure du Groupe spécial, toutefois, les parties au différend ont eu des échanges de vues animés et approfondis sur cette question. L'Inde, le Pakistan et la Thaïlande ont fait valoir qu'"il était raisonnable d'interpréter" le terme "épuisable" comme désignant "les ressources finies, telles que les minéraux, et non les ressources biologiques ou renouvelables".¹⁰⁰ Selon ces pays, ces ressources finies étaient épuisables "parce qu'elles étaient disponibles en quantité limitée et qu'elles pouvaient disparaître et disparaissaient de manière irréversible à mesure qu'elles étaient exploitées".¹⁰¹ Qui plus est, ils estimaient que si "toutes" les ressources naturelles étaient considérées comme "épuisables", ce terme devenait superflu.¹⁰² Ils ont fait référence également à l'historique de la rédaction de l'article XX g), soulignant que des minéraux, notamment le manganèse, avaient été mentionnés par certaines délégations lorsqu'elles avaient fait valoir que des "restrictions [à l'exportation]" devraient

⁹⁹ Communication additionnelle des États-Unis, datée du 17 août 1998, paragraphe 5.

¹⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.237.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*

être autorisées aux fins de la conservation de ressources naturelles déficitaires.¹⁰³ De son côté, la Malaisie a ajouté que, les tortues marines étant des êtres vivants, une mesure les concernant ne pouvait être examinée qu'au regard de l'article XX b), étant donné que l'article XX g) s'appliquait aux "ressources naturelles épuisables non vivantes".¹⁰⁴ D'après elle, il s'ensuivait que les États-Unis ne pouvaient pas invoquer en même temps l'exception visée à l'article XX b) et l'exception visée à l'article XX g).¹⁰⁵

128. Nous ne sommes pas convaincus par ces arguments. Si l'on considère son texte, l'article XX g) ne se limite pas à la conservation des ressources naturelles "minérales" ou "non vivantes". Le principal argument des parties plaignantes repose sur l'idée que les ressources naturelles "biologiques" sont "renouvelables" et ne peuvent donc pas être des ressources naturelles "épuisables". Nous ne croyons pas que les ressources naturelles "épuisables" et "renouvelables" s'excluent mutuellement. La biologie moderne nous enseigne que les espèces vivantes, bien qu'elles soient en principe capables de se reproduire et soient donc "renouvelables", peuvent dans certaines circonstances se raréfier, s'épuiser ou disparaître, bien souvent à cause des activités humaines. Les ressources biologiques sont toutes aussi "limitées" que le pétrole, le minerai de fer et les autres ressources non biologiques.¹⁰⁶

129. L'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'article XX g) a en fait été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée par un interprète des traités à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement. L'article XX n'a pas été modifié pendant le Cycle d'Uruguay, mais le préambule de l'*Accord sur l'OMC* montre que les signataires de cet accord étaient, en 1994, tout à fait conscients de l'importance et de la légitimité de la protection de l'environnement en tant qu'objectif de la politique nationale et internationale. Le préambule de l'*Accord sur l'OMC* – qui éclaire non seulement le

¹⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.238. L'Inde, le Pakistan et la Thaïlande ont fait référence, entre autres, au document E/PC/T/C.II/QR/PV/5 du 18 novembre 1946, page 79.

¹⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.240.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Nous notons, par exemple, que la Commission mondiale sur l'environnement et le développement a déclaré ce qui suit: "Les espèces qui peuplent la Terre subissent des agressions. De plus en plus, les scientifiques s'accordent à reconnaître que des espèces disparaissent à un rythme que la planète n'avait jamais connu antérieurement." Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous* (Éditions du FLEUVE, Québec, 1988), page 15.

GATT de 1994 mais aussi les autres accords visés – fait expressément état de "l'objectif de *développement durable*"¹⁰⁷:

Les *Parties* au présent accord,

Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés *vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services*, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à *l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir* d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique, ...¹⁰⁸ (non souligné dans l'original)

130. Si nous nous plaçons dans la perspective du préambule de l'*Accord sur l'OMC*, nous observons que le contenu ou la référence de l'expression générique "ressources naturelles" employée dans l'article XX g) ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs".¹⁰⁹ Il convient donc de noter que les conventions et déclarations internationales modernes font souvent référence aux ressources naturelles comme étant à la fois des ressources biologiques et non biologiques. Par exemple, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982¹¹⁰, lorsqu'elle définit les droits juridictionnels des États côtiers dans leurs zones économiques exclusives, dispose ce qui suit:

¹⁰⁷ On considère généralement que cette notion comprend le développement économique et social et la protection de l'environnement. Voir, par exemple, G. Handl, "Sustainable Development: General Rules versus Specific Obligations", dans *Sustainable Development and International Law* (éd. W. Lang, 1995), page 35; Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous* (Éditions du FLEUVE, Québec, 1988), page 51.

¹⁰⁸ Préambule de l'*Accord sur l'OMC*.

¹⁰⁹ Voir *Namibie (Conséquences juridiques) avis consultatif* (1971) Recueil de la C.I.J., page 31. La Cour internationale de justice a estimé que, lorsque les notions consacrées par un traité sont "par définition évolutives", leur "interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue ... De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu." Voir aussi *l'affaire du plateau continental de la mer Égée*, (1978) Recueil de la C.I.J., page 3; Jennings et Watts (éds), *Oppenheim's International Law*, 9^{ème} éd., Volume I (Longman's, 1992), page 1282 et E. Jimenez de Arechaga, "International Law in the Past Third of a Century", (1978-I) 159 *Recueil des Cours* 1, page 49.

¹¹⁰ Faite à Montego Bay le 10 décembre 1982, document de l'ONU A/CONF.62/122; 21 International Legal Materials 1261. Nous notons que l'Inde, la Malaisie et le Pakistan ont ratifié la Convention sur le droit de la mer. La Thaïlande l'a signée mais ne l'a pas ratifiée, et les États-Unis ne l'ont pas signée. Lors de l'audience, les États-Unis ont déclaré ce qui suit: "... nous n'avons pas ratifié cette convention bien qu'en ce qui concerne le droit de la pêche, nous estimons qu'elle reflète pour l'essentiel le droit coutumier international". Voir aussi, par exemple, W. Burke, *The New International Law of Fisheries* (Clarendon Press, 1994), page 40.

On considère désormais que [les] droits souverains des États côtiers sur les activités de la pêche dans une zone de 200 miles relèvent du droit coutumier

Article 56
Droits, juridiction et obligations de l'État côtier
dans la zone économique exclusive

1. Dans la zone économique exclusive, l'État côtier a:
 - a) des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des *ressources naturelles, biologiques ou non biologiques*, des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol, ... (non souligné dans l'original)

La Convention mentionne également à plusieurs reprises, dans les articles 61 et 62, les "ressources biologiques" lorsqu'elle énonce les droits et devoirs des États dans leurs zones économiques exclusives. Dans la Convention sur la diversité biologique¹¹¹, la notion de "ressources biologiques" est utilisée. Le programme Action 21¹¹² fait plus généralement référence aux "ressources naturelles" et contient des déclarations détaillées sur les "ressources marines vivantes". En outre, la Résolution sur l'assistance aux pays en développement, adoptée en corrélation avec la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, dispose ce qui suit:

Constatant que la conservation et la gestion des *ressources naturelles vivantes* constituent un facteur important du développement et que les espèces migratrices forment une part non négligeable de ces mêmes ressources; ...¹¹³ (non souligné dans l'original)

131. Étant donné que la communauté internationale a reconnu récemment l'importance d'une action bilatérale ou multilatérale concentrée pour protéger les ressources naturelles vivantes, et rappelant que les Membres de l'OMC ont expressément mentionné l'objectif de développement

international. La pratique des États en est la preuve; en effet, non seulement un grand nombre d'États côtiers revendiquent une ZEE [zone économique exclusive] dans laquelle de tels droits sont invoqués mais, parmi les États qui ne le font pas, beaucoup font valoir des droits qui ne diffèrent pas sensiblement de ceux qui sont accordés dans une. La disposition relative aux droits souverains de l'État côtier qui figure dans [l'article 56.1 a) de] la Convention de 1982 est aussi un élément de preuve mais elle revêt une importance particulière en raison de l'uniformité de la pratique des États hors du cadre de la Convention.

¹¹¹ Faite à Rio de Janeiro le 5 juin 1992, UNEP/Bio.Div./N7-INC5/4; 31 International Legal Materials 818. Nous notons que l'Inde, la Malaisie et le Pakistan ont ratifié la Convention sur la diversité biologique, et que la Thaïlande et les États-Unis l'ont signée mais ne l'ont pas ratifiée.

¹¹² Adopté par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, 14 juin 1992, document de l'ONU A/CONF.151/26/Rev.1. Voir par exemple les paragraphes 17.70 et suivants.

¹¹³ Final Act of the Conference to Conclude a Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, faite à Bonn le 23 juin 1979, 19 International Legal Materials 11, page 15. Nous notons que l'Inde et le Pakistan ont ratifié la Convention, mais que la Malaisie, la Thaïlande et les États-Unis n'en sont pas parties.

durable dans le préambule de l'*Accord sur l'OMC*, nous estimons qu'il est trop tard à présent pour supposer que l'article XX g) du GATT de 1994 peut être interprété comme visant uniquement la conservation des minéraux ou des autres ressources naturelles non biologiques épuisables.¹¹⁴ Qui plus est, deux groupes spéciaux établis en vertu du GATT de 1947 ont antérieurement constaté dans leurs rapports, lesquels ont été adoptés, que le poisson était une "ressource naturelle épuisable" au sens de l'article XX g).¹¹⁵ Nous considérons que, conformément à la règle de l'effet utile dans l'interprétation des traités¹¹⁶, les mesures visant à conserver les ressources naturelles épuisables, qu'elles soient *biologiques* ou *non biologiques* peuvent relever de l'article XX g).

132. Nous en venons maintenant à la question de savoir si les ressources naturelles biologiques que la mesure vise à conserver sont "épuisables" au sens de l'article XX g). Il apparaît que tous les participants et participants tiers à la présente affaire concèdent que les cinq espèces de tortues marines concernées en l'occurrence le sont effectivement. Il aurait en effet été très difficile de remettre en cause le fait que les tortues marines sont épuisables étant donné que les sept espèces de tortues marines reconnues figurent toutes aujourd'hui dans l'Annexe I de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction ("CITES"). La liste de l'Annexe I comprend "toutes les espèces *menacées d'extinction* qui sont ou pourraient être affectées par le commerce".¹¹⁷ (non souligné dans l'original)

133. Enfin, nous observons que les tortues marines sont des animaux extrêmement migrateurs, qui se déplacent dans les eaux relevant de la juridiction de divers États côtiers ainsi qu'en haute mer. Dans son rapport, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

¹¹⁴ En outre, l'historique de la rédaction ne montre pas que les rédacteurs du GATT de 1947 voulaient *exclure* les ressources naturelles "biologiques" du champ d'application de l'article XX g).

¹¹⁵ *États-Unis – Interdiction des importations de thon et de produits du thon en provenance du Canada*, rapport adopté le 22 février 1982, IBDD, S29/96, paragraphe 4.9; *Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés*, rapport adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/106, paragraphe 4.4.

¹¹⁶ Voir les rapports ci-après de l'Organe d'appel: *États-Unis – Essence*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS52/AB/R, pages 25 et 26; *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, page 13; et *États-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, adopté le 25 février 1997, WT/DS24/AB/R, page 17. Voir aussi Jennings et Watts (éds), *Oppenheim's International Law*, 9^{ème} éd., Volume I (Longman's, 1992), pages 1280 et 1281; M.S. McDougal, H.D. Lasswell et J. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure* (New Haven/Martinus Nijhoff, 1994), page 184; I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^{ème} éd. (Manchester University Press, 1984), page 118; D. Carreau, *Droit International* (Éditions A. Pedone, 1994), paragraphe 369; P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 5^{ème} éd. (L.G.D.J., 1994), paragraphe 172; L.A. Podesta Costa et J.M. Ruda, *Derecho Internacional Público* (Tipografica Editora Argentina, 1985), pages 109 et 110 et M. Diez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11^{ème} éd. (Tecnos, 1997), page 169.

¹¹⁷ CITES, article II.1.

... Les renseignements présentés au Groupe spécial, y compris les déclarations des experts étayées par des documents, tendent à *confirmer le fait que les tortues marines, à certains moments de leur vie, se déplacent dans les eaux de plusieurs pays et en haute mer ...*¹¹⁸ (non souligné dans l'original)

On sait que toutes les espèces de tortues marines dont il est question en l'occurrence, c'est-à-dire celles qui sont visées par l'article 609, se rencontrent dans les eaux relevant de la juridiction des États-Unis.¹¹⁹ Bien entendu, il n'est pas allégué que *toutes* les populations de ces espèces migrent vers des eaux relevant de la juridiction des États-Unis, ou les traversent, à un moment ou à un autre. Ni l'appelant ni aucun des intimés ne revendique des droits de propriété exclusive sur les tortues marines, du moins tant qu'elles se déplacent librement dans leur habitat naturel – les océans. Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir s'il existe une limitation de juridiction implicite dans l'article XX g) ni, si c'est le cas, sur la nature ou la portée de cette limitation. Nous observons seulement que, au vu des circonstances particulières de l'affaire dont nous sommes saisis, il existe un lien suffisant entre les populations marines migratrices et menacées d'extinction considérées et les États-Unis aux fins de l'article XX g).

134. Pour toutes les raisons susmentionnées, nous constatons que les tortues marines visées en l'espèce constituent des "ressources naturelles épuisables" aux fins de l'article XX g) du GATT de 1994.

2. "se rapportant à la conservation des [ressources naturelles épuisables]"

135. L'article XX g) dispose que la mesure qu'il s'agit de justifier doit "se rapport[er] à" la conservation des ressources naturelles épuisables. Pour établir cette détermination, l'interprète du traité s'intéresse essentiellement aux liens existant entre la mesure visée et la politique légitime de conservation des ressources naturelles épuisables. Il convient de se rappeler que la politique de protection et de conservation des tortues marines menacées d'extinction dont il est question en l'espèce est commune à tous les participants et participants tiers au présent appel, ainsi qu'à la très grande

¹¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.53.

¹¹⁹ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.6. Dans les règlements de 1987, (52 Fed. Reg. 24244, 29 juin 1987) cinq espèces de tortues marines se trouvant dans les zones concernées et relevant donc de ces règlements ont été identifiées: la caouanne (*Caretta caretta*), la tortue bâtarde (*Lepidochelys kempfi*), la tortue verte (*Chelonia mydas*), la tortue luth (*Dermochelys coriacea*) et le caret (*Eretmochelys imbricata*). L'article 609 fait référence aux "espèces de tortues marines dont la conservation fait l'objet des règlements promulgués par le Secrétaire au commerce le 29 juin 1987."

majorité des pays du monde.¹²⁰ Aucune des parties au différend ne remet en cause la sincérité de l'attachement des autres à cette politique.¹²¹

136. Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, nous avons examiné la relation qui existait entre les règles d'établissement des niveaux de base établies par l'Agence pour la protection de l'environnement des États-Unis (l'"EPA") et la conservation des ressources naturelles aux fins de l'article XX g). Nous avons alors répondu par l'affirmative à la question de savoir si ces règles "visaient principalement à" la conservation de l'air pur dont le Groupe spécial avait été saisi.¹²² Nous avons affirmé ce qui suit:

... Les règles d'établissement des niveaux de base, qu'elles soient individuelles ou réglementaires, ont été conçues pour permettre d'examiner et de vérifier dans quelle mesure les raffineurs, importateurs et mélangeurs respectent les prescriptions de "non-dégradation". Si l'on ne fixait pas de niveaux de base d'une manière ou d'une autre, cet examen ne serait pas possible et l'objectif de la Réglementation sur l'essence, qui est de stabiliser le niveau de pollution de l'air et d'empêcher une nouvelle détérioration par rapport à 1990, serait fortement compromis. [...] Nous estimons que, étant donné cette relation substantielle, les règles d'établissement des niveaux de base ne peuvent pas être considérées comme ne visant qu'incidemment ou qu'accidentellement à la conservation de l'air pur aux États-Unis aux fins de l'article XX g).¹²³

La relation substantielle dont nous avons constaté l'existence entre les règles d'établissement des niveaux de base établies par l'EPA et la conservation de l'air pur aux États-Unis était une relation étroite et véritable entre la fin et les moyens.

137. Dans la présente affaire, nous devons examiner le lien entre la structure et la conception générales de la mesure en cause, l'article 609, et l'objectif qu'elle est censée permettre d'atteindre, à savoir la conservation des tortues marines.

138. L'article 609 b) 1) dispose que l'importation de crevettes qui ont été pêchées avec des techniques de pêche commerciale susceptibles de nuire aux tortues marines est interdite. Cette disposition vise à inciter les pays à adopter des programmes de réglementation nationaux obligeant leurs crevettiers à utiliser des DET. À cet égard, il est important de noter que la structure et la conception générales de l'article 609, associé aux directives de mise en œuvre, sont assez étroitement définies. Il existe deux exemptions fondamentales à l'interdiction d'importer, qui sont toutes les deux

¹²⁰ Actuellement, 144 États sont signataires de la CITES.

¹²¹ Nous notons que tous les participants au présent appel sont signataires de la CITES.

¹²² Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 21.

¹²³ *Ibid.*

clairement et directement liées à l'objectif de conservation des tortues marines. Premièrement, l'article 609, précisé par les Directives de 1996, exempte de cette interdiction les crevettes pêchées "dans des conditions qui n'affectent pas les tortues marines". Par conséquent, la mesure exempte expressément les crevettes ci-après: crevettes issues de l'aquaculture, espèces de crevettes (telles que les crevettes *pandalides*) pêchées dans des zones où l'on ne rencontre normalement pas de tortues marines, et crevettes pêchées exclusivement par des moyens artisanaux, même si elles proviennent de pays non certifiés.¹²⁴ Il est évident que la pêche de ces crevettes n'affecte pas les tortues marines. Deuxièmement, en vertu de l'article 609 b) 2), les crevettes pêchées dans les eaux relevant de la juridiction de pays certifiés sont exemptées de l'interdiction d'importer.

139. L'article 609 b) 2) établit deux types de certification des pays. Premièrement, en vertu de l'article 609 b) 2) C), un pays peut être certifié comme ayant un environnement halieutique qui ne comporte pas de menace de prise accidentelle des tortues marines lors du chalutage commercial des crevettes. Le risque que ce chalutage soit préjudiciable aux tortues marines dans un tel environnement est nul ou tout au plus négligeable.

140. Le deuxième type de certification est énoncé à l'article 609 b) 2) A) et B). En vertu de ces dispositions, précisées par les Directives de 1996, un pays souhaitant exporter des crevettes vers les États-Unis doit adopter un programme de réglementation comparable à celui des États-Unis et avoir un taux de prises accidentelles de tortues marines comparable au taux moyen de prises accidentelles des bateaux des États-Unis. Fondamentalement, cette prescription oblige le pays à adopter un programme de réglementation imposant aux crevettiers commerciaux exerçant leurs activités dans des eaux où ils sont susceptibles d'intercepter des tortues marines d'utiliser des DET.¹²⁵ Selon nous, elle est directement liée à la politique de conservation des tortues marines. Les participants n'ont pas contesté, et les experts consultés par le Groupe spécial¹²⁶ ont reconnu que la pêche des crevettes par des crevettiers commerciaux utilisant des systèmes mécaniques pour relever leurs filets dans des eaux où vivent à la fois des crevettes et des tortues marines est une cause importante de mortalité chez ces dernières. En outre, le Groupe spécial n'a pas "[mis] en cause le fait, généralement admis par les experts, que les DET, lorsqu'ils sont installés et utilisés de manière appropriée et adaptés à la situation locale, seraient un instrument efficace pour la préservation des tortues marines".¹²⁷

¹²⁴ Voir les Directives de 1996, page 17343.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ Par exemple, rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.91 à 5.118.

¹²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.60, note de bas de page n° 674.

141. Dans sa conception et sa structure générales, l'article 609 n'est donc pas une simple interdiction générale de l'importation des crevettes imposée au mépris des conséquences que le mode de pêche employé a (ou n'a pas) sur la capture accidentelle et la mortalité des tortues marines. S'agissant de la conception de la mesure en cause en l'espèce¹²⁸, il nous apparaît que la portée et l'étendue de l'article 609, associé aux directives concernant son application, ne sont pas excessives au regard de l'objectif de protection et de conservation des espèces de tortues marines. En principe, les moyens correspondent raisonnablement à la fin. La relation moyens/fin qui existe entre l'article 609 et la politique légitime de conservation d'une espèce épuisable et, en fait, menacée d'extinction est, comme on peut l'observer, une relation étroite et réelle qui est tout aussi substantielle que la relation entre les règles d'établissement des niveaux de base de l'EPA et la conservation de l'air pur aux États-Unis dont nous avons constaté l'existence dans l'affaire *États-Unis – Essence*.

142. Par conséquent, selon nous, l'article 609 est une mesure "se rapportant à" la conservation d'une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g) du GATT de 1994.

3. "si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales"

143. Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, nous avons estimé que la clause susmentionnée de l'article XX g) devait être interprétée

... comme étant une prescription exigeant que les mesures concernées imposent des restrictions non seulement en ce qui concerne l'essence importée mais aussi en ce qui concerne l'essence nationale. Cette clause établit une obligation d'*impartialité* dans l'imposition de restrictions, au nom de la conservation, à la production ou à la consommation de ressources naturelles épuisables.¹²⁹

Dans la présente affaire, il nous faut déterminer si les restrictions imposées en vertu de l'article 609 à l'égard des crevettes importées sont aussi imposées à l'égard des crevettes pêchées par les crevettiers des États-Unis.

144. Nous avons noté plus haut que l'article 609, adopté en 1989, traite uniquement du mode de pêche des crevettes importées. Toutefois, deux ans plus tôt, en 1987, les États-Unis avaient publié des règlements, au titre de la Loi sur les espèces menacées d'extinction, obligeant tous les crevettiers des États-Unis à utiliser des DET agréés ou à réduire le temps de chalutage dans des zones déterminées où

¹²⁸ Nous examinons la question de l'*application* de la mesure plus loin, dans la Partie VI.C du présent rapport.

¹²⁹ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 23.

la mortalité des tortues marines dans les chaluts à crevettes était élevée.¹³⁰ Ces règlements sont entrés en vigueur en 1990 et ont été ultérieurement modifiés. Désormais, ils obligent les crevettiers des États-Unis à utiliser des DET agréés "dans des zones et à des époques où ils sont susceptibles d'intercepter des tortues marines"¹³¹, sous réserve de certaines exceptions limitées.¹³² En cas de violation de la Loi sur les espèces menacées d'extinction, ou des règlements y afférents, les peines comprennent des sanctions civiles et pénales.¹³³ Actuellement, le gouvernement des États-Unis a recours à des peines pécuniaires et à des peines complémentaires pour faire respecter la loi et les règlements.¹³⁴ Il peut saisir les prises de crevettes des crevettiers pêchant dans les eaux des États-Unis, ce qu'il a fait dans des cas où il y avait violation grave.¹³⁵ Nous croyons que, en principe, l'article 609 est une mesure impartiale.

145. En conséquence, nous considérons que l'article 609 est une mesure appliquée conjointement avec des restrictions frappant la pêche des crevettes au niveau national, comme le stipule l'article XX g).

C. Clauses introductives de l'article XX: Examen de l'article 609 au regard des critères énoncés dans le texte introductif

146. Comme nous l'avons indiqué plus haut, les États-Unis invoquent l'article XX b) uniquement si et dans la mesure où nous constatons que l'article 609 n'est pas visé par l'article XX g). Comme nous avons constaté que l'article 609 entre bien dans le cadre de l'article XX g), il n'est donc pas nécessaire d'analyser la mesure au regard de l'article XX b).

147. Bien qu'il soit provisoirement justifié au regard de l'article XX g), l'article 609, pour être finalement justifié en tant qu'exception relevant de l'article XX, doit aussi satisfaire aux prescriptions des clauses introductives – le "texte introductif" – de l'article XX, qui sont libellées comme suit:

¹³⁰ 52 Fed. Reg. 24244, 29 juin 1987.

¹³¹ Voir les Directives de 1996, page 17343.

¹³² Selon les Directives de 1996, les exceptions sont les suivantes: bateaux équipés exclusivement de dispositifs spécifiques; bateaux dont les filets sont relevés exclusivement à la main et non par des moyens mécaniques; si dans des cas exceptionnels, le NMFS détermine que les DET ne peuvent pas être utilisés à cause de conditions environnementales spéciales, les bateaux sont autorisés à limiter le temps de chalutage au lieu d'utiliser des DET.

¹³³ Loi sur les espèces menacées d'extinction, article 11.

¹³⁴ Déclaration des États-Unis lors de l'audience.

¹³⁵ *Ibid.*

Article XX
Exceptions générales

Sous réserve que ces mesures *ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international*, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre des mesure: (non souligné dans l'original)

Nous allons donc évaluer l'article 609, et plus particulièrement la manière dont il est appliqué, au regard du texte introductif de l'article XX; cette évaluation constitue le deuxième volet de la double analyse requise au titre de l'article XX.

1. Observations générales

148. Pour commencer, nous nous intéressons à un des principaux arguments avancés par les États-Unis dans leur communication en tant qu'appelant. Les États-Unis font valoir ce qui suit:

Dans son contexte, *une "discrimination [alléguée] entre les pays où les mêmes conditions existent" n'est pas "injustifiable" lorsque l'objectif général de l'exception prévue à l'article XX qui est appliquée sert de base à la justification*. Si, par exemple, une mesure est adoptée afin de conserver une ressource naturelle épuisable conformément à l'article XX g), il convient de voir si l'objectif de conservation justifie la discrimination. De cette manière, le texte introductif de l'article XX protège contre l'usage impropre des exceptions prévues à l'article XX à des fins de protection indirecte.¹³⁶

...

Pour évaluer si une mesure constitue "une discrimination injustifiable [entre les pays] où les mêmes conditions existent", il conviendrait de déterminer *si la différence de traitement entre les pays est liée à l'objectif général de l'exception applicable prévue à l'article XX*. *Si une mesure établit une différence entre des pays pour un motif légitimement lié à l'objectif général d'une exception prévue à l'article XX, et non pour des raisons protectionnistes, la mesure ne constitue pas un abus de l'exception applicable.*¹³⁷ (non souligné dans l'original)

¹³⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 28.

¹³⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 53.

149. Nous pensons que cet argument doit être rejeté. L'objectif général d'une mesure en cause ne peut pas constituer la raison d'être de cette mesure ni la justifier au regard des critères énoncés dans le texte introductif de l'article XX. La légitimité de l'objectif général déclaré de la mesure, et la relation de cet objectif avec la mesure en elle-même et sa conception et sa structure générales, sont examinées au regard de l'article XX g), et l'interprète du traité peut immédiatement déclarer que la mesure est incompatible avec l'article XX g). Si la mesure n'est pas considérée comme provisoirement justifiée au regard de l'article XX g), elle ne peut pas en définitive être justifiée au regard du texte introductif de l'article XX. À l'inverse, ce n'est pas parce qu'une mesure entre dans le cadre de l'article XX g) qu'elle répond nécessairement aux prescriptions du texte introductif. Accepter l'argument des États-Unis reviendrait à ne pas tenir compte des critères établis par le texte introductif.

150. Nous commençons la deuxième partie de notre analyse par un examen du sens ordinaire des termes utilisés dans le texte introductif. Selon le libellé précis de ce texte, une mesure ne doit pas être appliquée de façon à constituer soit un moyen de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", soit une "restriction déguisée au commerce international". Le texte introductif énonce donc trois critères: premièrement, la discrimination arbitraire entre les pays où les mêmes conditions existent; deuxièmement, la discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent; et troisièmement, la restriction déguisée au commerce international. Pour qu'une mesure soit appliquée de façon à constituer "une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", il faut trois éléments. Premièrement, l'application de la mesure doit entraîner une *discrimination*. Comme nous l'avons dit dans le rapport *États-Unis - Essence*, cette discrimination diffère, par sa nature et sa qualité, de la discrimination dans le traitement des produits qui a déjà été jugée incompatible avec l'une des obligations de fond contenues dans le GATT de 1994, par exemple les articles premier, III ou XI.¹³⁸ Deuxièmement, la discrimination doit être de nature *arbitraire* ou *injustifiable*. Nous examinerons plus loin en détail ce double élément. Troisièmement, cette discrimination doit se produire *entre les pays où les mêmes conditions existent*. Dans l'affaire *États-Unis - Essence*, nous avons accepté l'hypothèse des participants à l'appel selon laquelle une telle discrimination pourrait se produire non seulement entre différents Membres exportateurs, mais aussi entre les Membres exportateurs et le Membre importateur concerné.¹³⁹ Les critères que contient le texte introductif ne sont donc pas seulement différents des prescriptions énoncées à l'article XX g), ils sont aussi différents du critère utilisé pour déterminer que l'article 609 contrevient aux règles de fond de l'article XI:1 du GATT de 1994.

¹³⁸ Dans le rapport *États-Unis - Essence*, adopté le 20 mai 1996 (WT/DS2/AB/R, page 25), nous avons dit que: "Les dispositions du texte introductif ne peuvent pas, logiquement, se référer aux mêmes critères que ceux qui ont été utilisés pour déterminer qu'il y a eu violation d'une règle de fond."

¹³⁹ *Ibid.*, page 26.

151. Dans le rapport *États-Unis - Essence*, nous avons indiqué que "le but et l'objet des clauses introductives de l'article XX sont généralement de prévenir "l'abus des exceptions énumérées à [l'article XX]"".¹⁴⁰ Et nous avons ajouté que:

... le texte introductif repose sur le principe que, si les exceptions prévues à l'article XX peuvent être invoquées en tant que droit légal, le détenteur du droit ne doit pas les appliquer de façon à aller à l'encontre ou à faire fi des obligations légales résultant pour lui des règles de fond de l'*Accord général*. En d'autres termes, pour éviter tout abus ou toute mauvaise utilisation de ces exceptions, les mesures relevant des exceptions particulières doivent être appliquées de manière raisonnable, compte dûment tenu à la fois des obligations légales de la partie qui invoque l'exception et des droits légaux des autres parties intéressées.¹⁴¹

152. À la fin du Cycle d'Uruguay, les négociateurs ont élaboré un préambule approprié pour le nouvel *Accord sur l'OMC*, qui renforçait le système commercial multilatéral en établissant une organisation internationale dans le but, notamment, de faciliter la mise en œuvre, l'administration et le fonctionnement de cet accord et des autres accords résultant de ce cycle, et de favoriser la réalisation de leurs objectifs.¹⁴² Reconnaissant qu'il importait d'assurer la continuité avec l'ancien système du GATT, les négociateurs se sont inspirés du préambule du GATT de 1947 pour rédiger celui du nouvel *Accord sur l'OMC*. Toutefois, ils ont manifestement pensé que l'objectif de "pleine utilisation des ressources mondiales" qui figurait dans le préambule du GATT de 1947 n'était plus adapté au système commercial mondial des années 90. Ils ont donc décidé de nuancer les objectifs initiaux du GATT de 1947 en y ajoutant ce qui suit:

... tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique, ...¹⁴³

153. Nous notons encore une fois¹⁴⁴ que ce texte démontre que les négociateurs de l'OMC ont reconnu que l'utilisation optimale des ressources mondiales devait se réaliser conformément à

¹⁴⁰ Dans le rapport *États-Unis - Essence*, adopté le 20 mai 1996 (WT/DS2/AB/R, page 25), nous avons dit que: "Les dispositions du texte introductif ne peuvent pas, logiquement, se référer aux mêmes critères que ceux qui ont été utilisés pour déterminer qu'il y a eu violation d'une règle de fond."

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Accord sur l'OMC*, article III:1.

¹⁴³ Préambule de l'*Accord sur l'OMC*, premier paragraphe.

¹⁴⁴ Paragraphe 129 ci-dessus.

l'objectif de développement durable. Étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'*Accord sur l'OMC*, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'*Accord sur l'OMC*, le GATT de 1994 en l'espèce. Nous avons déjà fait observer qu'il convenait de lire l'article XX g) du GATT de 1994 à la lumière dudit préambule.¹⁴⁵

154. Nous notons également que, depuis que ce préambule a été négocié, certains autres événements se sont produits qui aident à éclaircir les objectifs des Membres de l'OMC concernant le lien entre commerce et environnement. L'élément qui nous paraît le plus important est la décision prise par les Ministres à Marrakech d'établir un Comité du commerce et de l'environnement permanent (le "CCE"). Dans leur Décision sur le commerce et l'environnement, les Ministres ont exprimé leurs intentions qui étaient, entre autres, les suivantes:

... *Considérant* qu'il ne devrait pas y avoir, et qu'il n'y a pas nécessairement, de contradiction au plan des politiques entre la préservation et la sauvegarde d'un système commercial multilatéral ouvert, non discriminatoire et équitable d'une part et les actions visant à protéger l'environnement et à promouvoir le développement durable d'autre part, ...¹⁴⁶

Dans cette décision, les Ministres ont pris "note" de la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement¹⁴⁷, d'Action 21¹⁴⁸, programme adopté la même année au sommet de Rio, et de "son suivi au GATT, tel qu'il a été présenté dans la déclaration du ... Conseil des Représentants à la quarante-huitième session des PARTIES CONTRACTANTES en ... 1992 ...".¹⁴⁹ Nous notons aussi que cette décision donne au CCE le mandat suivant:

¹⁴⁵ Paragraphe 131 ci-dessus.

¹⁴⁶ Préambule de la Décision sur le commerce et l'environnement.

¹⁴⁷ Nous notons que le Principe 3 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement est libellé comme suit: "Le droit au développement doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures." Le Principe 4 de ladite déclaration est le suivant: "Pour parvenir à un développement durable, la protection de l'environnement doit faire partie intégrante du processus de développement et ne peut être considérée isolément."

¹⁴⁸ Action 21 contient de nombreuses références à l'idée communément admise que le développement économique et la préservation et la protection doivent se soutenir mutuellement. Par exemple, le paragraphe 2.3 b), selon lequel "L'économie internationale doit créer un climat international propice à la réalisation des objectifs en matière d'environnement et de développement ... [e]n faisant en sorte que le commerce et l'environnement se soutiennent mutuellement ..., et le paragraphe 2.9 d), qui dispose que l'un des "objectifs" des gouvernements devrait être de "[p]romouvoir et soutenir des politiques intérieures et internationales qui fassent que la croissance économique et la protection de l'environnement se soutiennent mutuellement".

¹⁴⁹ Préambule de la Décision sur le commerce et l'environnement.

- a) identifier les relations entre les mesures commerciales et les mesures environnementales de manière à promouvoir le développement durable,
- b) faire des recommandations appropriées pour déterminer s'il y a lieu de modifier les dispositions du système commercial multilatéral, en respectant le caractère ouvert, équitable et non discriminatoire, pour ce qui concerne, notamment:
 - la nécessité d'élaborer des règles pour accroître les interactions positives des mesures commerciales et environnementales, afin de promouvoir le développement durable, en tenant spécialement compte des besoins des pays en développement, en particulier des moins avancés d'entre eux, et
 - la prévention des mesures commerciales protectionnistes, et l'adhésion à des disciplines multilatérales efficaces pour garantir la capacité du système commercial multilatéral de prendre en compte les objectifs environnementaux énoncés dans l'Action 21 et dans la Déclaration de Rio, en particulier le Principe 12, et
 - la surveillance des mesures commerciales appliquées à des fins de protection de l'environnement, des aspects des mesures environnementales qui touchent au commerce et qui peuvent avoir des effets notables sur les échanges et de l'application effective des disciplines multilatérales régissant ces mesures.¹⁵⁰

155. Compte tenu de ces instructions, le Conseil général de l'OMC a établi le CCE en 1995 et celui-ci a commencé son importante tâche. En attendant que le CCE présente aux Membres de l'OMC des recommandations spécifiques au sujet des questions mentionnées dans son mandat, et en l'absence d'amendements ou de modifications convenus des dispositions de fond du GATT de 1994 et de l'*Accord sur l'OMC* en général, nous devons nous acquitter de la tâche qui nous est dévolue en l'espèce, laquelle consiste à interpréter le texte introductif actuel de l'article XX d'après son sens ordinaire, compte tenu de son contexte, de son objet et de son but, afin de déterminer si la mesure des États-Unis en cause peut être considérée comme justifiée au regard de l'article XX. Il nous faut tenir compte, dans ce contexte, du libellé spécifique du préambule de l'*Accord sur l'OMC* qui, comme nous l'avons déjà dit, éclaire, ordonne et nuance les droits et les obligations des Membres au titre de l'*Accord sur l'OMC* en général et du GATT de 1994 en particulier.

156. S'agissant du texte introductif de l'article XX, nous considérons que les Membres de l'OMC y reconnaissent la nécessité de maintenir l'équilibre des droits et des obligations entre le droit qu'a un Membre d'invoquer l'une ou l'autre des exceptions spécifiées aux paragraphes a) à j) de l'article XX, d'une part, et les droits fondamentaux que les autres Membres tiennent du GATT de 1994, d'autre part. Si un Membre exerce de façon abusive ou impropre son droit d'invoquer une exception telle que

¹⁵⁰ Décision sur le commerce et l'environnement.

celles de l'article XX g), il va par là même éroder ou réduire à néant les droits conventionnels fondamentaux que les autres Membres tiennent, par exemple, de l'article XI:1. D'autre part, étant donné que le GATT de 1994 lui-même permet de recourir aux exceptions prévues à l'article XX, eu égard au caractère légitime des politiques et des intérêts considérés, il ne faut pas que le droit d'invoquer l'une de ces exceptions devienne illusoire. Le même concept peut être exprimé d'un point de vue légèrement différent: un équilibre doit être établi entre le *droit* qu'a un Membre d'invoquer une exception prévue à l'article XX et le *devoir* qu'a ce Membre de respecter les droits conventionnels des autres Membres. Laisser un Membre utiliser de façon abusive ou impropre son droit d'invoquer une exception reviendrait en réalité à lui permettre d'amoinrir ses propres obligations conventionnelles et de dévaloriser les droits conventionnels des autres Membres. Si l'usage abusif ou impropre est suffisamment grave ou large, le Membre donne en fait à son obligation conventionnelle un caractère purement facultatif et lui ôte son caractère juridique; ce faisant, il dénie complètement les droits conventionnels des autres Membres. Le texte introductif a été placé en tête de la liste des "Exceptions générales" contenue dans l'article XX pour éviter des conséquences d'une telle gravité.

157. Selon nous, il ressort clairement du texte introductif que chacune des exceptions prévues aux paragraphes a) à j) de l'article XX constitue une exception *limitée et conditionnelle* aux obligations de fond contenues dans les autres dispositions du GATT de 1994, en ce sens que, en définitive, la possibilité de se prévaloir de l'exception est subordonnée à l'observation par le Membre en question des prescriptions énoncées dans le texte introductif.¹⁵¹ Cette interprétation du texte introductif est confirmée par l'histoire de la négociation de celui-ci.¹⁵² Le libellé que les États-Unis avaient initialement proposé en 1946 pour le texte introductif de ce qui deviendrait par la suite l'article XX ne

¹⁵¹ Cette opinion concorde avec l'approche qu'a adopté le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930*, lorsqu'il a dit:

L'article XX est intitulé "Exceptions générales" et ... le membre de phrase central qui figure dans l'introduction est libellé comme suit: "rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application ... des mesures ...". L'article XX d) prévoit ainsi *une exception limitée et conditionnelle aux obligations découlant des autres dispositions*.¹⁵¹ (non souligné dans l'original) Rapport adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, paragraphe 5.9.

¹⁵² L'article 32 de la Convention de Vienne permet de faire appel à des "moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31: a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable". Nous nous référons ici à l'histoire de la négociation de l'article XX pour confirmer l'interprétation du texte introductif à laquelle nous sommes parvenus en appliquant sur l'article 31 de la Convention de Vienne.

comportait ni réserve ni condition.¹⁵³ Au cours de la première session de la Commission préparatoire de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi tenue en 1946, plusieurs propositions de modification ont été formulées.¹⁵⁴ En novembre 1946, le Royaume-Uni a proposé que "afin de prévenir l'abus des exceptions énumérées à l'article 32 [qui allait devenir par la suite l'article XX]", le texte introductif de cette disposition soit assorti d'une réserve.¹⁵⁵ Cette proposition a été acceptée par la généralité des participants, sous réserve d'une révision ultérieure de son libellé précis. Ainsi, l'histoire de la négociation de l'article XX confirme que les paragraphes de cet article énoncent des exceptions *limitées et conditionnelles* aux obligations contenues dans les dispositions de fond du GATT. Pour pouvoir finalement faire l'objet d'une exception, toute mesure doit aussi satisfaire aux prescriptions figurant dans le texte introductif. C'est là un élément fondamental de l'équilibre des droits et des obligations établi par ceux qui ont été à l'origine du GATT de 1947.

158. Le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États. L'une de ses applications, communément dénommée la *doctrine de l'abus de droit*, interdit l'exercice abusif de ces droits et

¹⁵³ Le texte introductif de l'article 32 du projet de Charte instituant une organisation internationale du commerce présenté par les États-Unis, sur lequel ont été fondées les discussions qui ont eu lieu à la première session de la Commission préparatoire de la première Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi tenue à la fin de 1946, est ainsi libellé, dans son passage pertinent:

Aucune disposition du chapitre IV de la présente Charte ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout État membre de mesures ...

¹⁵⁴ Par exemple, les Pays-Bas, la Belgique et le Luxembourg ont fait valoir que les exceptions devraient être assorties de certaines réserves:

La protection indirecte constitue un système de protection ... peu souhaitable, et dangereux. ... Il arrive fréquemment qu'on abuse des stipulations qui ont pour but de protéger la vie ou la santé des animaux ou des plantes à des fins de protection indirecte. Nous recommandons d'insérer une clause interdisant expressément d'ordonner pareilles mesures qui constituent une protection indirecte ou, d'une manière générale, de faire usage de pareilles mesures en vue d'atteindre des résultats inconciliables avec le but des chapitres IV, V et VI. E/PC/T/C.II/32, 30 octobre 1946.

¹⁵⁵ Le texte introductif proposé par le Royaume-Uni était le suivant:

Les engagements du chapitre IV de la présente Charte ayant trait aux restrictions à l'importation et à l'exportation ne devront pas être interprétés comme empêchant l'adoption ou l'application, par tout Membre, des mesures suivantes pourvu qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire entre des pays où les mêmes conditions existent, ou une restriction déguisée du commerce international. E/PC/T/C.II/50, pages 6 et 9; E/PC/T/C.II/54/Rev.1, 28 novembre 1946, page 42.

prescrit que, dès lors que la revendication d'un droit "empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable".¹⁵⁶ L'exercice abusif par un Membre de son propre droit conventionnel se traduit donc par une violation des droits conventionnels des autres Membres ainsi que par un manquement du Membre en question à son obligation conventionnelle. Cela dit, notre tâche consiste en l'occurrence à interpréter le libellé du texte introductif, en cherchant d'autres indications à cet effet, s'il y a lieu, dans les principes généraux du droit international.¹⁵⁷

159. Pour interpréter et appliquer le texte introductif, il nous faut donc essentiellement mener à bien la tâche délicate de localiser et de circonscrire le point d'équilibre entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception au titre de l'article XX et les droits que les autres Membres tiennent de diverses dispositions de fond (par exemple l'article XI) du GATT de 1994, de façon qu'aucun des droits en cause n'annule l'autre et, partant, ne fausse et n'annule ou ne compromette l'équilibre des droits et des obligations établi par les Membres eux-mêmes dans cet accord. La localisation du point d'équilibre, tel qu'il est conçu dans le texte introductif, n'est pas fixe ni immuable; ce point se déplace dès lors que le type et la forme des mesures en cause varient et que les faits qui sous-tendent les affaires considérées diffèrent.

160. Compte tenu de ces considérations générales, nous abordons maintenant la question de savoir si l'*application* de la mesure prise par les États-Unis, bien que la mesure elle-même relève de l'article XX g), constitue néanmoins "un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" ou "une restriction déguisée au commerce international". Nous nous demandons, en d'autres termes, si l'application de cette mesure constitue un usage abusif

¹⁵⁶ Voir B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (Stevens and Sons, Ltd., 1953), chapitre 4, en particulier, page 125:

... L'exercice raisonnable et de bonne foi d'un droit en pareil cas est approprié et nécessaire à l'objet du droit (c'est-à-dire à la satisfaction des intérêts que le droit est censé protéger). Il devrait en même temps être *juste et équitable pour toutes les parties* et ne pas être modulé de façon à procurer à l'une d'elles un avantage injuste au regard de l'obligation assumée. L'exercice raisonnable du droit est considéré comme compatible avec l'obligation. Mais l'exercice du droit d'une manière telle qu'il porte préjudice aux intérêts de l'autre partie contractante au regard du traité est déraisonnable et considéré comme incompatible avec l'exécution de bonne foi de l'obligation conventionnelle, et comme une violation de la convention. ... (non souligné dans l'original)

Voir aussi, par exemple, *Oppenheim's International Law*, neuvième édition, volume I (Longman's, 1992), pages 407-410, publié sous la direction de Jennings et Watts, *Border and Transborder Armed Actions Case*, (1988), recueil 105 de la CIJ; *Rights of Nationals of the United States in Morocco Case* (1952), recueil 176 de la CIJ; *Anglo-Norwegian Fisheries Case*, (1951), recueil 142 de la CIJ.

¹⁵⁷ Convention de Vienne, article 31 3) c).

ou impropre de la justification provisoire offerte par l'article XX g). Nous notons, à titre préliminaire, que l'application d'une mesure peut être considérée comme un usage abusif ou impropre d'une exception prévue à l'article XX non seulement lorsque les modalités de fonctionnement détaillées de la mesure prescrivent l'activité arbitraire ou injustifiable, mais aussi dans les cas où une mesure, par ailleurs équitable et juste en apparence, est en fait appliquée de manière arbitraire ou injustifiable. À notre avis, les critères que contient le texte introductif impliquent des prescriptions de fond aussi bien que de procédure.

2. "Discrimination injustifiable"

161. Nous examinons d'abord si l'article 609 a été appliqué de façon à constituer une "discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent". Le défaut peut-être le plus évident de l'application de cette mesure est lié à son effet coercitif voulu et effectif sur les décisions spécifiques prises par les gouvernements étrangers Membres de l'OMC. Tel qu'il est appliqué, l'article 609 est en fait un embargo économique qui contraint *tous les autres Membres exportateurs*, s'ils veulent exercer les droits qu'ils tiennent du GATT, à adopter *essentiellement la même* politique (ainsi qu'un programme de mise en application approuvé) que celle qui est appliquée et imposée aux crevettiers des États-Unis. Telles qu'elles ont été adoptées par le Congrès des États-Unis, les dispositions *réglementaires* de l'article 609 b) 2) A) et B) *n'exigent* pas en soi que les autres Membres de l'OMC adoptent *essentiellement les mêmes* politiques et pratiques de mise en application que les États-Unis. Considéré isolément, le règlement semble permettre une certaine latitude ou une certaine flexibilité dans la façon dont les critères de détermination de la comparabilité pourraient être appliqués, dans la pratique, aux autres pays.¹⁵⁸ Toutefois, si le Congrès avait eu l'intention de ménager une certaine flexibilité lorsqu'il a adopté la disposition réglementaire, cette flexibilité a été en fait éliminée dans la mise en œuvre de cette politique en raison des Directives de 1996 promulguées par le Département d'État et de la pratique suivie par les administrateurs pour les déterminations concernant la certification.

162. En application des Directives de 1996, la certification "sera établie" conformément à l'article 609 b) 2) A) et B) si le programme d'un pays exportateur inclut l'obligation pour tous les

¹⁵⁸ Conformément à l'article 609 b) 2), un pays de pêche peut être certifié, et par conséquent exempté de l'interdiction d'importer, si:

A) le gouvernement du pays de pêche a fourni la preuve documentaire qu'il a adopté un programme régissant la prise accidentelle de ces tortues marines lors de ces opérations de pêche qui est comparable à celui des États-Unis; et

B) le taux moyen de ces prises accidentelles par les bateaux du pays de pêche est comparable au taux moyen des prises accidentelles de tortues marines par des bateaux des États-Unis lors de ces opérations de pêche ...

crevetiers commerciaux exerçant leurs activités dans des eaux où ils sont susceptibles d'intercepter des tortues marines d'utiliser en permanence des DET qui soient comparables, du point de vue de leur efficacité, à ceux qui sont utilisés aux États-Unis.¹⁵⁹ Suivant ces directives, toute exception à l'obligation d'utiliser des DET doit être comparable aux exceptions prévues dans le programme des États-Unis¹⁶⁰ En outre, le pays de pêche doit avoir entrepris un "effort d'application crédible".¹⁶¹ Le texte des Directives de 1996 est impératif: la certification "sera établie" si ces conditions sont remplies. Cependant, nous croyons comprendre que ces règles sont aussi appliquées de manière *exclusive*, en ce sens que les Directives de 1996 précisent quelle est la *seule* façon dont le programme de réglementation du pays de pêche peut être jugé "comparable" à celui des États-Unis et, par conséquent, définissent la *seule* façon dont un pays de pêche peut être certifié conformément à l'article 609 b) 2) A) et B). Les Directives de 1996 prévoient que, lors de la détermination concernant la comparabilité, le Département d'État "tiendra également compte des autres mesures que le pays de pêche prend pour protéger les tortues marines"¹⁶² mais, dans la pratique, les fonctionnaires compétents se bornent à vérifier s'il existe un programme de réglementation qui impose l'utilisation des DET ou qui entre dans le cadre de l'une des exceptions extrêmement limitées dont les crevetiers des États-Unis peuvent se prévaloir.¹⁶³

163. L'application effective de la mesure, telle qu'elle résulte de la mise en œuvre des Directives de 1996 et de la pratique réglementaire suivie par les administrateurs, *contraint* les autres Membres de l'OMC à adopter un programme de réglementation qui n'est pas simplement *comparable* à celui qui s'applique aux crevetiers des États-Unis, mais qui est en fait *essentiellement le même*. L'application de l'article 609 a donc pour effet d'établir un critère rigide et strict selon lequel les fonctionnaires des États-Unis déterminent si les pays seront certifiés ou non, et accordent ou refusent ainsi à d'autres pays le droit d'exporter des crevettes à destination des États-Unis. Dans la pratique, les administrateurs qui établissent la détermination concernant la comparabilité ne tiennent pas compte

¹⁵⁹ Directives de 1996, page 17344.

¹⁶⁰ Comme nous l'avons déjà noté, ces exceptions sont extrêmement limitées et, pour le moment, ne visent que: les bateaux équipés exclusivement de certains types spéciaux de dispositifs; les bateaux dont les filets sont relevés exclusivement par des moyens manuels et non mécaniques; et, dans des circonstances exceptionnelles, lorsque le Service national des pêches maritimes détermine qu'il serait impossible d'utiliser des DET en raison de conditions environnementales spéciales, les bateaux sont autorisés à réduire le temps de chalutage au lieu d'utiliser des DET. Voir les Directives de 1996, page 17343. Lors de l'audience, les États-Unis nous ont informés que l'exception concernant le temps de chalutage réduit n'était plus applicable.

¹⁶¹ Directives de 1996, page 17344.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Déclarations faites par les États-Unis à l'audience.

des autres politiques et mesures spécifiques qu'un pays exportateur a pu adopter pour assurer la protection et la conservation des tortues marines.¹⁶⁴

164. Nous croyons comprendre que les États-Unis appliquent aussi un critère uniforme sur tout leur territoire, sans tenir compte des conditions particulières qui existent dans certaines parties du pays. Ils exigent que les DET approuvés soient utilisés en permanence par les crevetiers commerciaux nationaux qui pêchent dans des eaux où ils sont susceptibles d'intercepter des tortues marines, indépendamment de l'incidence réelle des tortues dans ces eaux, des espèces de tortues en question, ou des autres différences ou disparités qui peuvent exister dans diverses parties des États-Unis. Il est peut-être acceptable que, lorsqu'il adopte et met en œuvre une politique nationale, un gouvernement opte pour un critère unique applicable à tous les citoyens du pays. Par contre, il n'est pas acceptable, dans les relations commerciales internationales, qu'un Membre de l'OMC impose un embargo économique pour *contraindre* d'autres Membres à adopter essentiellement le même programme de réglementation global, afin de réaliser un objectif particulier, comme celui qu'il a défini sur son territoire, *sans* tenir compte des conditions différentes qui peuvent exister sur le territoire de ces autres Membres.

165. En outre, au moment où ce différend était examiné par le Groupe spécial et par nous, les États-Unis n'autorisaient pas les importations de crevettes pêchées par des crevetiers commerciaux utilisant des DET comparables, du point de vue de leur efficacité, à ceux qu'exigeaient les États-Unis si ces crevettes provenaient des eaux de pays non certifiés conformément à l'article 609. En d'autres termes, *les crevettes pêchées par des méthodes identiques à celles employées aux États-Unis* ont été exclues du marché de ce pays uniquement parce qu'elles ont été pêchées dans les eaux de *pays qui n'ont pas été certifiés par les États-Unis*. La situation qui en résulte est difficile à concilier avec l'objectif déclaré de protection et de conservation des tortues marines. Cela nous conduit à penser que cette mesure, telle qu'elle est appliquée, vise davantage à inciter concrètement les gouvernements étrangers à adopter essentiellement le même régime réglementaire global que celui que les États-Unis appliquent à leurs crevetiers, alors que nombre de ces Membres sont sans doute dans une situation différente. Nous estimons qu'il y a discrimination non seulement lorsque les pays où les mêmes conditions existent sont traités de manière différente, mais aussi lorsque l'application de la mesure en cause ne permet pas de s'assurer du bien-fondé du programme de réglementation au regard des conditions existant dans ces pays exportateurs.

166. Il y a un autre aspect de l'application de l'article 609 qui a beaucoup de poids lorsqu'il s'agit de déterminer si la discrimination est justifiable ou non: c'est le fait que les États-Unis n'ont pas engagé

¹⁶⁴ Déclaration faite par les États-Unis à l'audience.

avec les intimés, ni avec les autres Membres qui expédient des crevettes vers leur marché, des négociations générales sérieuses dans le but de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux pour la protection et la conservation des tortues marines, avant d'appliquer la prohibition à l'importation visant les exportations de crevettes de ces autres Membres. La constatation factuelle pertinente du Groupe spécial est libellée comme suit:

... Toutefois, nous n'avons aucun élément de preuve établissant que les États-Unis ont effectivement engagé des négociations sur un accord relatif aux techniques de conservation des tortues marines auxquelles les plaignants auraient participé avant l'imposition de l'interdiction d'importer résultant de la décision du CIT. D'après les réponses des parties, en particulier celle des États-Unis, à la question que nous avons posée à ce sujet, nous croyons comprendre que les États-Unis n'ont proposé la négociation d'un accord à tel ou tel plaignant qu'après la conclusion des négociations sur la Convention interaméricaine pour la protection et la conservation des tortues marines, en septembre 1996, c'est-à-dire bien après la date du 1er mai 1996 fixée pour l'imposition de l'interdiction d'importer. Même alors, il semble que les efforts déployés consistaient simplement en un échange de documents. Nous concluons en conséquence que, malgré la possibilité offerte par leur législation, les États-Unis n'ont pas engagé de négociations avant d'imposer l'interdiction d'importer. Étant donné que nous considérons que les mesures auxquelles les États-Unis ont fait appel étaient du type de celles qui exigeraient normalement une coopération internationale, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner si les parties ont engagé des négociations de bonne foi et si les États-Unis, en l'absence de tout résultat, auraient été habilités à adopter des mesures unilatérales.¹⁶⁵ (non souligné dans l'original)

167. Le fait de ne pas commencer par recourir systématiquement à la diplomatie en tant qu'instrument de la politique de protection de l'environnement, qui entraîne une discrimination à l'égard des pays exportateurs de crevettes à destination des États-Unis avec lesquels aucun accord international n'a été conclu, ni même sérieusement envisagé, nous inspire un certain nombre de remarques. En premier lieu, le Congrès des États-Unis a expressément reconnu qu'il importait de conclure des accords internationaux pour la protection et la conservation des espèces de tortues marines lorsqu'il a promulgué cette loi. L'article 609 a) charge le Secrétaire d'État:

- 1) *d'entamer dès que possible des négociations en vue d'élaborer avec d'autres pays des accords bilatéraux ou multilatéraux* pour la protection et la conservation de ces espèces de tortues marines;
- 2) *d'entamer dès que possible des négociations* avec tous les gouvernements de pays étrangers qui participent, ou dont des ressortissants ou des sociétés participent, à des opérations de pêche

¹⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.56.

commerciale qui, d'après la détermination du Secrétaire au commerce, sont susceptibles de nuire à ces espèces de tortues marines, *en vue de conclure avec lesdits pays des traités bilatéraux et multilatéraux visant à protéger ces espèces de tortues marines;*

3) *d'encourager la conclusion avec d'autres pays de tous autres accords de ce type pour promouvoir les objectifs du présent article concernant la protection de régions océaniques et terrestres déterminées qui présentent un intérêt particulier pour la santé et la stabilité de ces espèces de tortues marines;*

4) *de proposer de modifier tout traité international existant concernant la protection et la conservation de ces espèces de tortues marines auquel les États-Unis sont partie afin d'harmoniser ledit traité avec les objectifs et politiques prévus par le présent article;* et

5) *de fournir au Congrès, au plus tard un an après la date d'adoption du présent article: ...*

C) un rapport complet sur:

i) les résultats de ses efforts au titre du présent article, ...

(non souligné dans l'original)

Mis à part la négociation de la Convention interaméricaine pour la protection et la conservation des tortues marines¹⁶⁶ (la "Convention interaméricaine"), qui s'est achevée en 1996, le dossier dont le Groupe spécial disposait n'indique pas que des efforts sérieux et substantiels ont été déployés pour donner suite à ces instructions expresses du Congrès.¹⁶⁷

168. Deuxièmement, la protection et la conservation des espèces de tortues marines qui sont de grandes migratrices, autrement dit l'objectif même de la mesure, exigent des efforts concertés et une coopération de la part des nombreux pays dont les tortues marines traversent les eaux au cours de leurs migrations périodiques. La nécessité d'entreprendre de tels efforts, et leur opportunité, ont été reconnues à l'OMC elle-même ainsi que dans un nombre considérable d'autres instruments et déclarations internationaux. Comme nous l'avons déjà indiqué, la Décision sur le commerce et l'environnement, qui prévoit l'établissement du CCE et définit son mandat, fait aussi mention de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et d'Action 21.¹⁶⁸ Le Principe 12 de la Déclaration de Rio a un intérêt particulier à cet égard; le passage pertinent est le suivant:

... Toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de la juridiction du pays importateur devrait être évitée. *Les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être*

¹⁶⁶ Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, pièce AA.

¹⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.56.

¹⁶⁸ Voir le préambule et le paragraphe 2 b) de la Décision sur le commerce et l'environnement. Voir le paragraphe 154 ci-dessus.

fondées sur un consensus international. (non souligné dans l'original)

Dans des termes pratiquement identiques, le paragraphe 2.22 i) d'Action 21 dispose ce qui suit:

Les gouvernements devraient encourager le GATT, la CNUCED et d'autres organisations économiques internationales régionales à étudier, dans le cadre de leur mandat respectif et dans leur domaine de compétence, les propositions et principes ci-après: ...

- i) Éviter toute action unilatérale pour faire face à des problèmes écologiques hors de la juridiction des pays importateurs. *Les mesures de protection de l'environnement visant à remédier à des problèmes environnementaux transfrontières ... devraient, dans toute la mesure du possible, reposer sur un accord international.* (non souligné dans l'original)

En outre, nous notons que l'article 5 de la Convention sur la diversité biologique est libellé comme suit:

... chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, coopère avec d'autres Parties contractantes, directement ou, le cas échéant, par l'intermédiaire d'organisations internationales compétentes, dans des domaines ne relevant pas de la juridiction nationale et dans d'autres domaines d'intérêt mutuel, pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.

La Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, qui, dans son annexe I, classe les espèces de tortues marines considérées dans les "espèces migratrices en danger", indique que:

Les parties contractantes [sont] convaincues qu'une conservation et une gestion efficaces des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage requièrent une action concertée de tous les États à l'intérieur des limites de juridiction nationale dans lesquelles ces espèces séjournent à un moment quelconque de leur cycle biologique.

En outre, nous notons que, dans le rapport du CCE qui fait partie du rapport que le Conseil général a présenté aux Ministres à l'occasion de la Conférence ministérielle de Singapour, les Membres de l'OMC ont approuvé et appuyé:

... les solutions multilatérales fondées sur la coopération internationale et le consensus comme étant le moyen le meilleur et le plus efficace pour les gouvernements de s'attaquer aux problèmes environnementaux de caractère transfrontières ou mondial. Les Accords de l'OMC et les accords environnementaux multilatéraux traduisent les efforts déployés par la communauté internationale pour réaliser des objectifs communs et il faut tenir dûment compte des uns

et des autres en établissant entre eux des relations qui s'étaient mutuellement.¹⁶⁹ (non souligné dans l'original)

169. Troisièmement, les États-Unis ont négocié et conclu un accord international régional pour la protection et la conservation des tortues marines: la Convention interaméricaine. Cette convention a été ouverte à la signature le 1^{er} décembre 1996 et a été signée par cinq pays¹⁷⁰, outre les États-Unis, et quatre de ces pays sont actuellement certifiés conformément à l'article 609.¹⁷¹ Elle n'a pas encore été ratifiée par ses signataires. La Convention interaméricaine prévoit que chaque partie prendra "les mesures appropriées et nécessaires" en vue de la protection, de la conservation et du rétablissement des populations de tortues marines et de leurs habitats sur son territoire terrestre et dans les zones maritimes à l'égard desquelles elle exerce ses droits souverains ou sa juridiction.¹⁷² Ces mesures comprennent, notamment,

[l]a réduction au minimum possible de la capture, détention, blessure ou mise à mort des tortues marines survenant accessoirement au cours des opérations de pêche, au moyen de la réglementation appropriée de ces opérations, ainsi que le développement, l'amélioration et l'utilisation d'engins, méthodes et pratiques appropriés, y compris les dispositifs d'exclusion de tortues (DET) conformément aux dispositions de l'annexe III [de la Convention].¹⁷³

L'article XV de la Convention interaméricaine dispose aussi, entre autres, ce qui suit:

Article XV Mesures commerciales

1. *En appliquant la présente Convention, les Parties agissent conformément aux dispositions de l'Accord portant création de l'Organisation mondiale du commerce (Marrakech, 1994), y compris ses annexes.*
2. *En particulier, en ce qui concerne les matières sur lesquelles porte la présente Convention, les Parties doivent respecter les dispositions de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce,*

¹⁶⁹ Rapport (1996) du Comité du commerce et de l'environnement, WT/CTE/1, 12 novembre 1996, paragraphe 171, section VII du Rapport du Conseil général à la Conférence ministérielle de 1996, WT/MIN(96)2, 26 novembre 1996.

¹⁷⁰ Brésil, Costa Rica, Mexique, Nicaragua et Venezuela.

¹⁷¹ Au 1^{er} janvier 1998, le Brésil était au nombre des pays certifiés comme ayant adopté des programmes visant à réduire les captures accidentelles de tortues marines dans la pêche à la crevette comparables au programme des États-Unis. Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.16. Cependant, selon des informations fournies par les États-Unis à l'audience, le Brésil n'est pas certifié conformément à l'article 609 pour le moment.

¹⁷² Convention interaméricaine, article IV:1.

¹⁷³ Convention interaméricaine, article IV:2 h).

contenues dans l'annexe 1 de l'Accord portant création de l'Organisation mondiale du commerce, ainsi que *l'article XI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*. ... (non souligné dans l'original)

170. La juxtaposition a) des engagements *consensuels* de mettre en place des règlements prévoyant, entre autres, l'utilisation de DET *considérée conjointement* comme appropriée pour les zones maritimes d'une partie déterminée, et b) de la réaffirmation des obligations résultant pour les parties de l'Accord sur l'OMC, y compris l'Accord sur les obstacles techniques au commerce et l'article XI du GATT de 1994, donne à penser que les parties à la Convention interaméricaine ont défini ensemble le point d'équilibre dont nous avons déjà fait mention. Il ressort de la Convention que ses signataires, y compris les États-Unis, sont convaincus qu'il existe des procédures consensuelles et multilatérales pouvant être utilisées pour établir des programmes de conservation des tortues marines. De plus, la Convention interaméricaine met en évidence la validité et l'importance constantes de l'article XI du GATT de 1994, ainsi que des obligations découlant de l'Accord sur l'OMC en général, du point de vue du maintien de l'équilibre des droits et obligations résultant dudit accord entre les signataires de la Convention.

171. La Convention interaméricaine démontre donc de façon convaincante que les États-Unis pouvaient raisonnablement opter pour une autre méthode afin de réaliser l'objectif légitime de leur mesure, une méthode différente de la procédure unilatérale et non consensuelle utilisée pour appliquer la prohibition à l'importation au titre de l'article 609. Il convient de noter que, d'ordinaire, la prohibition à l'importation est "l'arme" la plus lourde dont dispose un Membre dans son arsenal de mesures commerciales. Or le dossier n'indique pas que les États-Unis se sont sérieusement efforcés de négocier des accords similaires avec d'autres pays ou groupes de pays avant (ni, au vu du dossier, après) que l'article 609 ait été appliqué à l'échelle mondiale le 1^{er} mai 1996. Enfin, il n'indique pas non plus que l'appelant, les États-Unis, a essayé de recourir aux mécanismes internationaux existants pour déployer des efforts de coopération en vue de protéger et de conserver les tortues marines¹⁷⁴ avant d'imposer l'interdiction d'importer.

172. De toute évidence, les États-Unis ont négocié sérieusement avec certains Membres qui leur expédient des crevettes, mais pas avec d'autres (y compris les intimés). Cette attitude a un effet manifestement discriminatoire et, à notre sens, injustifiable. Le caractère injustifiable de cette discrimination apparaît clairement si l'on considère les effets cumulés du manquement des États-Unis,

¹⁷⁴ Les États-Unis sont partie à la CITES, mais n'ont pas essayé, devant son Comité permanent, de présenter la question de la mortalité des tortues marines due au chalutage de la crevette comme un problème appelant une action concertée des États. Dans ce contexte, nous notons que, par exemple, ils n'ont pas signé la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, ni la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et n'ont pas ratifié la Convention sur la diversité biologique.

qui n'ont pas mené de négociations pour établir des moyens consensuels de protection et de conservation des ressources biologiques de la mer qui font l'objet de la présente affaire, nonobstant la disposition réglementaire explicite de l'article 609 lui-même, qui prévoit que des négociations devront être engagées dès que possible pour l'élaboration d'accords bilatéraux et multilatéraux.¹⁷⁵ La principale conséquence de ce manquement trouve peut-être son expression dans l'unilatéralisme qu'il entraîne et qui caractérise l'application de l'article 609. Comme nous l'avons déjà souligné, les politiques relatives à la nécessité d'utiliser des types particuliers de DET dans diverses zones maritimes, et les détails pratiques de ces politiques, sont tous élaborés par le Département d'État, sans la participation des Membres exportateurs. Le système et le processus de certification sont établis et administrés par les services des États-Unis et par eux seuls. Le processus de prise de décisions qu'implique l'octroi, le refus ou le retrait de la certification imposée aux Membres exportateurs est par conséquent unilatéral lui aussi. Le caractère unilatéral de l'application de l'article 609 aggrave l'effet perturbateur et discriminatoire de la prohibition à l'importation et met en évidence son caractère injustifiable.

173. L'application de l'article 609, telle qu'elle résulte des directives de mise en œuvre et de la pratique administrative, s'est aussi traduite par une autre différence de traitement entre divers pays souhaitant obtenir la certification. Selon les Directives de 1991 et 1993, pour obtenir la certification, 14 pays de la région des Caraïbes/de l'Atlantique Ouest avaient dû s'engager à exiger que tous les crevetiers commerciaux utilisent des DET pour le 1^{er} mai 1994. Ces 14 pays disposaient d'une période de mise en place progressive de trois ans pendant laquelle leurs crevetiers pouvaient s'adapter à cette obligation. Pour ce qui est de tous les autres pays qui exportent des crevettes à destination des États-Unis (y compris les intimés, l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande), le 29 décembre 1995, le Tribunal du commerce international des États-Unis a chargé le Département d'État d'appliquer l'interdiction d'importer à l'échelle mondiale le 1^{er} mai 1996 au plus tard.¹⁷⁶ Le 19 avril 1996, le Département d'État a publié les Directives de 1996 qui étendaient l'application de l'article 609 aux crevettes pêchées dans *tous* les pays étrangers à compter du 1^{er} mai 1996. Ainsi, tous les pays autres que les 14 pays de la région des Caraïbes/de l'Atlantique Ouest disposaient de quatre mois seulement pour mettre en œuvre la prescription concernant l'utilisation obligatoire des DET. Nous reconnaissons que, si les périodes fixées pour la mise en œuvre de cette prescription diffèrent considérablement, c'est en raison des décisions du Tribunal du commerce international. Mais les États-Unis ne sont pas pour autant dégagés de toute responsabilité quant aux conséquences juridiques de l'incidence discriminatoire des décisions de ce tribunal. Comme tous les autres Membres de

¹⁷⁵ Article 609 a).

¹⁷⁶ *Earth Island Institute contre Warren Christopher*, 913 F., Suppl. 559 (CIT 1995).

l'OMC et de la communauté des États en général, ils assument la responsabilité des actions de l'ensemble des pouvoirs publics, y compris le pouvoir judiciaire.¹⁷⁷

174. La durée de la période de mise en place progressive n'est pas sans conséquences pour les pays exportateurs qui veulent obtenir la certification. Cette période est en rapport direct avec la difficulté que le pays aura à se conformer aux prescriptions en matière de certification et avec la possibilité concrète de trouver d'autres marchés d'exportation pour les crevettes et de s'y faire une place. Plus la période est courte, plus il est difficile de se conformer aux prescriptions – en particulier lorsque le demandeur possède un grand nombre de crevettiers – et de réorienter les exportations de crevettes du pays de pêche. Du point de vue de l'effet net, plus la période est courte, plus l'influence de l'interdiction d'importer est grande. Les États-Unis ont tenté d'expliquer la différence sensible entre les périodes de mise en place progressive accordées aux 14 pays de la région des Caraïbes/de l'Atlantique Ouest et celles qui ont été fixées pour le reste des pays exportateurs de crevettes. Ils ont fait valoir que la période était plus longue parce que la technologie du DET n'était pas encore développée à l'époque, et qu'il a été possible de la raccourcir une fois cette technologie améliorée. L'explication n'est guère convaincante, car elle laisse de côté la question des coûts administratifs et financiers et les difficultés qu'éprouvent les gouvernements à mettre sur pied et adopter les programmes de réglementation requis et entreprendre "l'effort de mise en application crédible" nécessaire, et à imposer à des centaines, voire des milliers, de crevettiers l'obligation d'utiliser les DET.¹⁷⁸

175. La différence de traitement entre les pays qui veulent obtenir la certification est également manifeste si l'on considère la différence entre les efforts faits par les États-Unis pour transmettre à certains pays la technologie du DET dont ils avaient besoin. Ces efforts ont été beaucoup plus importants à l'égard de certains pays exportateurs - essentiellement les 14 pays des Caraïbes/de l'Atlantique Ouest cités plus haut - qu'à l'égard des autres pays exportateurs, y compris les intimés.¹⁷⁹ L'ampleur de ces efforts est probablement liée à la longueur des périodes de mise en place progressive accordées - plus la période est longue, plus les efforts de transfert de technologie peuvent être importants. Le respect des prescriptions en matière de certification suppose naturellement un transfert

¹⁷⁷ Voir le rapport *États-Unis – Essence*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, page 31. Voir aussi, par exemple, *Oppenheim's International Law*, neuvième édition, volume I (Longman's 1992), page 545, publié sous la direction de Jennings et Watts; et I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, quatrième édition (Clarendon Press, 1990), page 450.

¹⁷⁸ Par exemple, à l'audience, l'Inde a indiqué qu'elle disposait de "quelque 47 000 filets mécanisés, selon les estimations. Il s'agit dans la plupart des cas de bateaux mécanisés ...".

¹⁷⁹ Réponse des États-Unis aux questions du Groupe spécial; déclarations faites par les États-Unis à l'audience.

réussi de la technologie du DET; par conséquent, selon toute probabilité, si les efforts déployés pour opérer ce transfert sont faibles ou carrément insignifiants, il y aura moins de pays en mesure de satisfaire aux prescriptions de l'article 609 concernant la certification dans les délais très limités qui leur sont accordés.

176. Si nous considérons l'effet cumulé des différences susmentionnées dans les modalités d'application de l'article 609 à divers pays exportateurs de crevettes, nous constatons que ces différences de traitement constituent une "discrimination injustifiable", au sens du texte introductif de l'article XX, entre les pays exportateurs qui voudraient obtenir la certification afin d'avoir accès au marché de la crevette aux États-Unis, et nous maintenons ce point de vue.

3. "Discrimination arbitraire"

177. Nous allons maintenant examiner si l'article 609 a été appliqué de façon à constituer "une discrimination arbitraire entre les pays où les mêmes conditions existent". Nous avons déjà fait observer que, tel qu'il est appliqué, l'article 609 impose une prescription unique, rigide et stricte selon laquelle les pays qui veulent obtenir la certification conformément à l'article 609 b) 2) A) et B) doivent adopter un programme de réglementation global qui est essentiellement le même que celui des États-Unis, sans que l'on s'assure du bien-fondé de ce programme au regard des conditions existant dans les pays exportateurs.¹⁸⁰ En outre, il n'y a pratiquement pas de flexibilité dans la façon dont les fonctionnaires établissent la détermination concernant la certification.¹⁸¹ Selon nous, cette rigidité et cette inflexibilité constituent aussi une "discrimination arbitraire" au sens du texte introductif.

178. De plus, la description de l'administration de l'article 609 donnée par les États-Unis au cours de la procédure met en lumière certains aspects problématiques du processus de certification appliqué conformément à l'article 609 b). S'agissant du premier type de certification prévu à l'article 609 b) 2) A) et B), les Directives de 1996 déterminent certains éléments de la procédure d'obtention de la certification, y compris l'obligation de fournir une preuve documentaire au sujet du programme de réglementation adopté par le pays demandeur. Ce processus de certification comporte aussi en général une visite de fonctionnaires des États-Unis dans ce pays.¹⁸²

¹⁸⁰ Paragraphes 161 à 164 ci-dessus.

¹⁸¹ Au cours de l'audience, les États-Unis ont déclaré que "sur le plan de la politique générale, le gouvernement des États-Unis considère que tous les gouvernements devraient exiger que les dispositifs d'exclusion des tortues marines soient utilisés sur tous les crevettiers qui pêchent dans des zones où ils sont susceptibles d'intercepter des tortues marines" et que "pour ce qui est du chalutage de la crevette, nous ne connaissons qu'un moyen de protéger efficacement les tortues marines, le DET."

¹⁸² Déclaration faite par les États-Unis à l'audience.

179. Pour ce qui est des certifications au titre de l'article 609 b) 2) C), les Directives de 1996 indiquent que le Département d'État "certifiera" tout pays de pêche conformément à l'article 609 b) 2) C) s'il satisfait aux critères établis dans les Directives de 1996 "sans qu'une initiative du gouvernement du pays de pêche soit nécessaire ...".¹⁸³ Néanmoins, les États-Unis nous ont informés que, dans tous les cas où un pays n'a pas déjà été certifié conformément à l'article 609, ils attendent que la demande soit présentée avant d'établir une détermination concernant la certification.¹⁸⁴ S'agissant des certifications au titre de l'article 609 b) 2) C), il semble que certaines possibilités soient offertes de présenter des éléments de preuve par écrit, par exemple des documents scientifiques, au cours du processus de certification.¹⁸⁵

180. Toutefois, pour l'un et l'autre type de certification au titre de l'article 609 b) 2), le processus suivi par les fonctionnaires compétents des États-Unis n'est ni transparent ni prévisible. Il consiste principalement en une enquête ou vérification administrative *ex parte* effectuée par le personnel de l'Office de protection du milieu marin du Département d'État conjointement avec le personnel du Service national des pêches maritimes des États-Unis.¹⁸⁶ Dans les deux cas, le processus n'offre pas au pays demandeur de possibilité formelle d'être entendu ni de répondre aux arguments qui peuvent lui être opposés, avant que la décision d'accorder ou de refuser la certification soit prise. En outre, les demandes de certification conformément à l'article 609 b) 2) A) et B) ou à l'article 609 b) 2) C) ne font pas l'objet d'une décision formelle, écrite et raisonnée, d'acceptation ou de rejet.¹⁸⁷ Les pays qui obtiennent la certification sont inscrits sur une liste de demandes approuvées qui est publiée au *Federal Register*, mais l'acceptation ne leur est pas expressément notifiée. Les pays dont les demandes sont rejetées¹⁸⁸ n'en sont pas non plus avisés (ils l'apprennent parce qu'ils ne figurent pas sur la liste des demandes approuvées), et les raisons du rejet ne leur sont pas communiquées.¹⁸⁹ Aucune procédure de réexamen du rejet d'une demande, ni d'appel de cette décision, n'est prévue.¹⁹⁰

¹⁸³ Directives de 1996, page 17343.

¹⁸⁴ Déclaration faite par les États-Unis à l'audience.

¹⁸⁵ Déclaration faite par les États-Unis à l'audience.

¹⁸⁶ Déclaration faite par les États-Unis à l'audience.

¹⁸⁷ Déclaration faite par les États-Unis à l'audience.

¹⁸⁸ Les États-Unis nous ont informés lors de l'audience qu'il s'agit des pays suivants: Australie, Pakistan et Tunisie.

¹⁸⁹ Déclaration faite par les États-Unis à l'audience.

¹⁹⁰ Déclaration faite par les États-Unis à l'audience.

181. Le processus de certification suivi par les États-Unis semble donc singulièrement informel et simpliste, et paraît être mené d'une manière telle qu'il pourrait aboutir à la négation des droits des Membres. Il n'y a manifestement aucun moyen pour les Membres exportateurs de s'assurer que les dispositions de l'article 609, et en particulier les Directives de 1996, sont appliquées de manière juste et équitable par les services gouvernementaux compétents des États-Unis. Nous considérons qu'en fait les Membres exportateurs qui demandent la certification et dont les demandes sont rejetées ne bénéficient pas de l'équité élémentaire ni des garanties d'une procédure régulière et font donc l'objet d'une discrimination par rapport aux Membres qui obtiennent la certification.

182. Les dispositions de l'article X:3¹⁹¹ du GATT de 1994 se rapportent à cette question. À notre avis, l'article 609 fait partie des "lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale" mentionnés à l'article X:1. Dans la mesure où il existe des prescriptions garantissant une procédure régulière applicables d'une façon générale aux mesures qui sont par ailleurs imposées conformément aux obligations résultant de l'Accord sur l'OMC, il est à tout le moins raisonnable d'exiger le respect rigoureux de ces prescriptions fondamentales dans le contexte de l'application et de l'administration d'une mesure qui est censée être une exception aux obligations conventionnelles du Membre qui impose la mesure et qui aboutit en fait à une suspension *pro hac vice* des droits conventionnels des autres Membres.

183. Il est également clair que l'article X:3 du GATT de 1994 établit certains critères minimaux concernant la transparence et l'équité au plan de la procédure dans l'administration des règlements commerciaux, et, selon nous, ces critères ne sont pas respectés en l'espèce. Le manque de transparence et la nature *ex parte* des procédures gouvernementales internes appliquées par les fonctionnaires compétents de l'Office de la protection du milieu marin, du Département d'État et du Service national des pêches maritimes des États-Unis dans le cadre du processus de certification au titre de l'article 609, ainsi que le fait que les pays dont les demandes sont rejetées n'en sont pas formellement avisés, pas plus qu'ils ne le sont des raisons du rejet, et aussi le fait qu'il n'existe pas de procédure juridique formelle de réexamen du rejet d'une demande ni d'appel de cette décision, sont tous contraires à l'esprit, sinon à la lettre, de l'article X:3 du GATT de 1994.

¹⁹¹ L'article X:3 dispose notamment ce qui suit:

a) Chaque Membre appliquera d'une manière uniforme, impartiale et raisonnable, tous les règlements, lois, décisions judiciaires et administratives visés au paragraphe premier du présent article.

b) Chaque Membre maintiendra, ou instituera aussitôt que possible, des tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs afin, notamment, de réviser et de rectifier dans les moindres délais les mesures administratives se rapportant aux questions douanières ...

184. Nous constatons, en conséquence, que la mesure prise par les États-Unis est appliquée d'une façon équivalant à un moyen, non pas simplement de "discrimination injustifiable", mais aussi de "discrimination arbitraire" entre les pays où les mêmes conditions existent, ce qui est contraire aux prescriptions énoncées dans le texte introductif de l'article XX. La mesure ne peut donc pas bénéficier de la protection, qui la justifierait, conférée par l'article XX du GATT de 1994. Ayant fait cette constatation, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner aussi si la mesure prise par les États-Unis est appliquée de façon à constituer une "restriction déguisée au commerce international" au sens du texte introductif de l'article XX.

185. En formulant ces conclusions, nous tenons à insister sur ce que nous n'avons *pas* décidé dans cet appel. Nous n'avons *pas* décidé que la protection et la préservation de l'environnement n'ont pas d'importance pour les Membres de l'OMC. Il est évident qu'elles en ont. Nous n'avons *pas* décidé que les nations souveraines qui sont Membres de l'OMC ne peuvent pas adopter de mesures efficaces pour protéger les espèces menacées telles que les tortues marines. Il est évident qu'elles le peuvent et qu'elles le doivent. Et nous n'avons *pas* décidé que les États souverains ne devraient pas agir de concert aux plans bilatéral, plurilatéral ou multilatéral, soit dans le cadre de l'OMC, soit dans celui d'autres organismes internationaux, pour protéger les espèces menacées ou protéger d'une autre façon l'environnement. Il est évident qu'ils le doivent et qu'ils le font.

186. Ce que nous *avons* décidé dans cet appel, c'est tout simplement ceci: bien que la mesure prise par les États-Unis qui fait l'objet de cet appel serve un objectif environnemental reconnu comme légitime en vertu du paragraphe g) de l'article XX du GATT de 1994, elle a été appliquée par les États-Unis de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les Membres de l'OMC, ce qui est contraire aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Pour toutes les raisons spécifiques indiquées dans le présent rapport, cette mesure ne peut bénéficier de l'exemption que l'article XX du GATT de 1994 prévoit pour les mesures qui servent certains objectifs environnementaux reconnus et légitimes mais qui, en même temps, ne sont pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international. Comme nous l'avons souligné dans l'affaire *États-Unis - Essence*, les Membres de l'OMC sont libres d'adopter leurs propres politiques visant à protéger l'environnement pour autant que, ce faisant, ils s'acquittent de leurs obligations et respectent les droits que les autres Membres tiennent de l'*Accord sur l'OMC*.¹⁹²

¹⁹² Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R/, page 33.

VII. CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS

187. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

- a) infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle accepter des renseignements non demandés émanant de sources non gouvernementales est incompatible avec les dispositions du Mémorandum d'accord;
- b) infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure des États-Unis en cause ne fait pas partie des mesures autorisées au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994; et
- c) conclut que, bien qu'elle puisse faire l'objet de la justification provisoire prévue par l'article XX g), la mesure des États-Unis ne satisfait pas aux prescriptions énoncées dans le texte introductif de l'article XX et, partant, n'est pas justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994.

188. L'Organe d'appel *recommande* que l'ORD demande aux États-Unis de mettre la mesure qui, selon le rapport du Groupe spécial, est incompatible avec l'article XI du GATT de 1994 et, selon le présent rapport, n'est pas justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994, en conformité avec leurs obligations au titre de cet accord.

Texte original signé à Genève le 8 octobre 1998 par:

Président de la section

Membre

Membre