

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS58/AB/RW
22 octobre 2001

(01-5166)

Original: anglais

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

**RECOURS DE LA MALAISIE À L'ARTICLE 21:5 DU MÉMORANDUM
D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS**

AB-2001-4

Rapport de l'Organe d'appel

I.	Introduction	1
II.	Arguments des participants et des participants tiers.....	5
A.	<i>Allégations d'erreur formulées par la Malaisie – Appellant</i>	5
1.	Mandat.....	5
2.	Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.....	6
B.	<i>Arguments des États-Unis – Intimé</i>	9
1.	Mandat.....	9
2.	Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.....	10
C.	<i>Arguments des participants tiers</i>	13
1.	Australie	13
2.	Communautés européennes.....	15
3.	Hong Kong, Chine.....	17
4.	Inde.....	17
5.	Japon.....	18
6.	Mexique	19
7.	Thaïlande.....	20
III.	Question de procédure préliminaire	20
IV.	Questions soulevées dans le présent appel.....	21
V.	Mandat.....	23
VI.	Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.....	33
A.	<i>Nature et étendue du devoir qu'ont les États-Unis de pratiquer la coopération internationale pour protéger et conserver les tortues marines</i>	34
B.	<i>Flexibilité des Directives révisées</i>	45
VII.	Constatations et conclusions	52

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

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

AB-2001-4

Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends

Présents:

Malaisie, *appelant*
États-Unis, *intimé*

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

Australie, *participant tiers*
Communautés européennes, *participant tiers*
Hong Kong, Chine, *participant tiers*
Inde, *participant tiers*
Japon, *participant tiers*
Mexique, *participant tiers*
Thaïlande, *participant tiers*

I. Introduction

1. La Malaisie fait appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (le "rapport du Groupe spécial").¹ Conformément à l'article 21:5 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémoire d'accord"), la Malaisie a demandé que l'Organe de règlement des différends ("ORD") porte devant un groupe spécial sa plainte au sujet de la question de savoir si les États-Unis s'étaient conformés aux recommandations et décisions de l'ORD dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* ("*États-Unis – Crevettes*").

2. Le contexte dans lequel s'inscrit ce différend est décrit en détail dans le rapport du Groupe spécial.² Le 6 novembre 1998, l'ORD a adopté les rapports du Groupe spécial initial et de l'Organe

¹ WT/DS58/RW, 15 juin 2001.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 1.1 à 1.5 et 2.12 à 2.21.

d'appel sur l'affaire *États-Unis – Crevettes*.³ L'ORD a recommandé que les États-Unis mettent leur prohibition à l'importation en conformité avec leurs obligations au titre de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* ("Accord sur l'OMC"). Le 6 décembre 1999, le délai fixé par les parties pour la mise en œuvre des recommandations et décisions au titre de l'article 21:3 b) du Mémoire d'accord est arrivé à expiration.⁴ À la réunion de l'ORD du 23 octobre 2000, la Malaisie a informé l'ORD qu'elle n'avait pas la conviction que les États-Unis s'étaient conformés aux recommandations et décisions de l'ORD et a annoncé qu'elle souhaitait avoir recours à un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord.⁵ L'ORD a porté la question devant le Groupe spécial initial.

3. La plainte de la Malaisie concerne une mesure prise par les États-Unis sous la forme d'une prohibition à l'importation ayant pour objet de protéger certaines espèces de tortues marines, considérées comme menacées d'extinction, et d'assurer leur conservation. La mesure initiale, l'article 609 de la Loi générale n° 102-162 des États-Unis ("article 609"), de même que son application, sont décrites en détail dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Crevettes*.⁶ L'Organe d'appel a constaté que l'article 609 était provisoirement justifié au regard de l'article XX g) de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994"). Pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD, les États-Unis n'ont pas modifié l'article 609, la prohibition à l'importation étant ainsi toujours en vigueur. Cependant, le Département d'État des États-Unis a publié les Directives révisées portant application de l'article 609 de la Loi générale n° 101-162 concernant la protection des tortues marines au cours des opérations de pêche de la crevette au chalut (les "Directives révisées").⁷ Ces Directives révisées remplacent les directives publiées en avril 1996 qui faisaient partie de la mesure initiale. Le présent différend entre la Malaisie et les États-Unis se rapporte à la prohibition à l'importation de crevettes et de produits à base de crevettes établie par l'article 609 et à l'application qu'en ont faite les États-Unis.

³ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998; rapport du Groupe spécial initial, WT/DS58/R et Corr.1, tel qu'il a été modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.

⁴ WT/DS58/15, 15 juillet 1999.

⁵ Le recours de la Malaisie à un groupe spécial était également conforme à l'accord bilatéral qu'elle avait conclu avec les États-Unis au sujet des procédures à suivre au titre des articles 21:5 et 22 du Mémoire d'accord. Voir le document WT/DS58/16, 12 janvier 2000.

⁶ *Supra*, note de bas de page 3, paragraphes 3 à 6.

⁷ United States Department of State, Federal Register, vol. 64, n° 130, 8 juillet 1999, Public Notice 3086, pages 36946 à 36952. Les Directives révisées sont annexées au rapport du Groupe spécial.

4. L'article 609, les Directives révisées, ainsi que leur application, sont décrits dans le rapport du Groupe spécial.⁸ Dans les paragraphes qui suivent, nous présentons les aspects des Directives révisées qui sont pertinents pour l'examen des questions soulevées dans le présent appel.

5. L'article 609 b) 2) dispose que la prohibition à l'importation de crevettes ne s'applique pas aux pays de pêche qui sont "certifiés" suivant les critères établis par les États-Unis. Les Directives révisées énoncent les critères en matière de certification. L'objectif déclaré du programme indiqué dans les Directives révisées est le même que celui qui était énoncé dans le programme des directives initiales, à savoir stopper la diminution des populations de tortues marines menacées d'extinction en réduisant la mortalité accidentelle attribuable au chalutage commercial de la crevette. Un élément central du programme des États-Unis est que les chalutiers crevettiers commerciaux doivent utiliser des dispositifs d'exclusion des tortues marines ("DET") jugés conformes aux normes établies par le Service national des pêches maritimes des États-Unis. Lorsque le gouvernement d'un pays de pêche souhaite être certifié après avoir adopté un programme exigeant l'emploi de DET, il est certifié si ce programme comporte l'obligation pour les chalutiers crevettiers commerciaux d'utiliser des DET "*comparables, du point de vue de leur efficacité*" à ceux qui sont utilisés aux États-Unis, ainsi qu'un effort crédible en matière d'application qui comprend un contrôle de l'exécution, entre autres choses.⁹

6. En vertu des directives initiales, le Département d'État avait pour pratique de certifier les pays *seulement après* qu'ils avaient démontré qu'ils exigeaient l'utilisation de DET. En vertu des Directives révisées, les pays peuvent demander la certification même s'ils n'exigent pas l'utilisation de DET. En pareil cas, un pays de pêche doit démontrer qu'il a mis en place, et applique, un programme de réglementation dont "*l'efficacité est comparable*" à celle du programme des États-Unis, afin de protéger les tortues marines sans avoir recours à des DET. Le Département d'État doit "dûment [tenir] compte des différences démontrées entre les conditions dans lesquelles s'effectue la pêche de la crevette aux États-Unis et celles dans lesquelles elle s'effectue dans d'autres pays, ainsi que des renseignements disponibles émanant d'autres sources".¹⁰

7. Un pays exportateur peut aussi être certifié si son environnement halieutique crevettier ne présente aucun risque de prise accidentelle de tortues marines. Les Directives révisées disposent que le Département d'État certifie au titre de l'article 609 un pays de pêche qui remplit l'un ou l'autre des critères suivants: les espèces de tortues marines menacées ne sont pas présentes dans les eaux qui relèvent de la juridiction de ce pays; dans les eaux de ce pays, la crevette est pêchée exclusivement

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.5 à 2.11 et 2.22 à 2.32.

⁹ *Ibid.*, paragraphe 2.25.

¹⁰ *Ibid.*, paragraphe 2.28.

par des moyens qui ne mettent pas en péril les tortues marines, par exemple la crevette y est pêchée exclusivement par des moyens artisanaux; ou les opérations de pêche commerciale de la crevette au chalut sont menées exclusivement dans les eaux où la présence de tortues marines n'a pas été constatée.¹¹

8. Devant le Groupe spécial, la Malaisie a fait valoir que les États-Unis ne s'étaient pas conformés aux recommandations et décisions de l'ORD et que, par conséquent, ils continuaient de violer leurs obligations au titre du GATT de 1994. Dans son rapport, distribué le 15 juin 2001, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

- a) La mesure que les États-Unis ont adoptée pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD contrevient à l'article XI:1 du GATT de 1994.
- b) Au vu des recommandations et décisions de l'ORD, l'article 609 de la Loi générale n° 101-162, tel qu'il est mis en œuvre aux termes des Directives révisées du 8 juillet 1999 et tel qu'il a été appliqué jusqu'ici par les autorités des États-Unis, est justifié au regard de l'article XX du GATT de 1994 aussi longtemps que les conditions énoncées dans les constatations figurant dans le présent rapport, en particulier la poursuite d'efforts sérieux de bonne foi en vue de parvenir à un accord multilatéral, continuent d'être réunies.¹²

9. Le Groupe spécial a exhorté "la Malaisie et les États-Unis à coopérer pleinement afin de conclure le plus tôt possible un accord qui permettr[ait] de protéger et de conserver les tortues marines à la satisfaction de tous les intérêts en jeu et en tenant compte du principe que les États ont des responsabilités communes mais différenciées lorsqu'il s'agit de conserver et de protéger l'environnement".¹³ (note de bas de page omise)

10. Le 23 juillet 2001, la Malaisie a notifié à l'ORD son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du Mémoire d'accord, et a déposé une déclaration d'appel conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*"). Le 2 août 2001, la Malaisie a déposé sa communication en tant qu'appelant.¹⁴ Le 17 août 2001, les États-Unis ont déposé une communication en tant qu'intimé.¹⁵

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.29.

¹² *Ibid.*, paragraphe 6.1.

¹³ *Ibid.*, paragraphe 7.2.

¹⁴ Conformément à la règle 21 des *Procédures de travail*.

Le même jour, l'Australie, les Communautés européennes, Hong Kong, Chine, l'Inde, le Japon, le Mexique et la Thaïlande ont chacun déposé une communication en tant que participant tiers.¹⁶

11. Le 13 août 2001, les États-Unis ont demandé que la section saisie du présent appel modifie la date de l'audience prévue dans le plan de travail de l'appel. Après avoir invité les participants à faire connaître leurs vues au sujet de cette demande, la section a décidé qu'elle ne modifierait pas la date de l'audience. L'audience dans le cadre de l'appel a donc été tenue le 4 septembre 2001. Les participants et les participants tiers ont présenté leurs arguments oralement et ont répondu aux questions qui leur étaient posées par les membres de la section.

II. Arguments des participants et des participants tiers

A. Allégations d'erreur formulées par la Malaisie – Appelant

1. Mandat

12. La Malaisie soutient que le Groupe spécial a fait erreur dans son examen de la nouvelle mesure prise par les États-Unis pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*.

13. La Malaisie considère qu'il y a un principe juridique voulant qu'une mesure de mise en œuvre soit examinée en vue de déterminer sa conformité avec les accords visés plutôt que sa conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD. Ce principe est corroboré par l'affaire *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends ("Canada – Aéronefs (article 21:5)")*¹⁷, dans laquelle l'Organe d'appel a estimé que la portée des procédures de règlement des différends au titre de l'article 21:5 n'était pas limitée à la question de savoir si un Membre de l'OMC avait ou non mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD. L'Organe d'appel a établi que la tâche du groupe spécial était de déterminer si la nouvelle mesure était compatible avec les dispositions de l'*Accord sur l'OMC* qui étaient en cause.

14. La Malaisie estime que, pour effectuer son examen au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, un groupe spécial ne doit pas se borner à examiner la "mesure prise pour se conformer" uniquement dans l'optique des allégations, des arguments et des circonstances factuelles ayant trait à

¹⁵ Conformément à la règle 22 des *Procédures de travail*.

¹⁶ Conformément à la règle 24 des *Procédures de travail*. L'Équateur, qui était tierce partie dans la procédure du Groupe spécial, n'a pas déposé de communication en tant que participant tiers, mais a demandé à pouvoir assister à l'audience en qualité d'"observateur passif". Après avoir consulté les participants et les participants tiers, la section saisie du présent appel a autorisé l'Équateur à assister à l'audience en cette qualité.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/RW, adopté le 4 août 2000.

la mesure qui a fait l'objet de la procédure initiale. Bien que ceux-ci puissent avoir une certaine pertinence dans une procédure au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, la Malaisie estime qu'une procédure au titre de l'article 21:5 n'intéresse pas, en principe, la mesure initiale, mais plutôt une mesure nouvelle et différente dont le groupe spécial initial n'était pas saisi. De l'avis de la Malaisie, l'utilité de l'examen prévu à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord serait sérieusement remise en question si un groupe spécial devait se limiter à examiner la nouvelle mesure dans l'optique des allégations, des arguments et des circonstances factuelles ayant trait à la mesure initiale.

15. La Malaisie fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans la façon dont il a traité le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Premièrement, la Malaisie affirme que, en s'appuyant uniquement sur le raisonnement de l'Organe d'appel, le Groupe spécial s'est en fait appuyé sur les allégations et les arguments avancés par les parties qui avaient trait à la mesure initiale. Deuxièmement, la Malaisie fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en traitant le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Crevettes* comme proposant d'autres méthodes ou d'autres mesures comme des *conditions* qui, si elles étaient remplies, rendraient nécessairement la mesure de mise en œuvre compatible avec l'accord visé considéré. De l'avis de la Malaisie, les autres méthodes ou autres mesures mentionnées par l'Organe d'appel représentaient des opinions incidentes et, par conséquent, le Groupe spécial a fait erreur en interprétant ces opinions comme étant des conditions positives pour déterminer la compatibilité avec les règles du GATT.

2. Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994

16. La Malaisie fait appel de certaines des conclusions du Groupe spécial au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. En particulier, elle estime que le Groupe spécial a fait erreur en considérant l'obligation des États-Unis comme étant une obligation de *négoier* et non une obligation de *conclure* un accord international.

17. La Malaisie relève que l'Organe d'appel a fait des observations et des remarques pertinentes dans son analyse du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 en ce qui concerne la "discrimination arbitraire ou injustifiable". Lorsqu'il a traité de la "discrimination injustifiable", l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit: "[i]l 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 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".¹⁸ De l'avis de la Malaisie, ces commentaires de l'Organe d'appel mettent en évidence la nécessité de *conclure* un accord international.

18. La Malaisie estime que ces commentaires de l'Organe d'appel constituent des opinions incidentes. Le Groupe spécial a mal interprété ces commentaires comme signifiant que d'autres actions, en particulier la démonstration qu'une négociation préalable avait été engagée de bonne foi, "empêcheraient" de qualifier une mesure unilatérale de "discrimination injustifiable". La Malaisie estime également que, s'agissant de la nouvelle mesure, le Groupe spécial n'a pas examiné si, compte tenu des circonstances, les États-Unis avaient agi d'une façon qui constituait une "discrimination injustifiable".

19. La Malaisie soutient en outre que, si la conclusion du Groupe spécial est maintenue, elle aura pour résultat "incongru" que tout Membre de l'OMC serait en mesure de proposer de négocier de bonne foi un accord incorporant des "normes qu'il a définies unilatéralement" avant d'alléguer que sa mesure est justifiée au regard des exceptions pertinentes prévues à l'article XX du GATT de 1994. Selon la Malaisie, la conclusion du Groupe spécial aura ainsi pour résultat que, si un Membre de l'OMC ne *conclut* pas un accord, il pourrait quand même affirmer que l'application par lui d'une mesure unilatérale ne constitue pas une "discrimination injustifiable".

20. Par ailleurs, la Malaisie estime que le Groupe spécial a fait erreur en concluant que la Convention interaméricaine pour la protection et la conservation des tortues marines (la "Convention interaméricaine") pouvait raisonnablement servir de repère lorsque l'on considérait ce qui pouvait être obtenu au moyen de négociations multilatérales dans le domaine de la protection et de la conservation. Le Groupe spécial n'a donné aucune raison à l'appui de cette thèse. L'Organe d'appel n'a cité la Convention interaméricaine qu'à titre d'"exemple" des efforts faits par les États-Unis pour arriver à une solution multilatérale en ce qui concerne la conservation des tortues marines. En aucune façon cette convention n'a été considérée comme un "critère juridique" par l'Organe d'appel. De plus, l'Organe d'appel a indiqué que l'une des obligations dont les États-Unis devaient s'acquitter pour éviter une "discrimination injustifiable" était de faire des efforts sérieux pour négocier de bonne foi *avant* d'imposer une prohibition à l'importation "unilatérale".

21. La Malaisie estime que l'interprétation juridique donnée par le Groupe spécial est erronée parce que les États-Unis n'ont pas prouvé que la procédure unilatérale et non consensuelle utilisée pour appliquer la prohibition à l'importation avait été éliminée. Au contraire, les négociations en

¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Crevettes*, *supra*, note de bas de page 3, paragraphe 166.

cours au sujet de l'Accord sur la conservation et la gestion des tortues marines et de leur habitat dans la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est (l'"Accord de l'Asie du Sud-Est") montraient qu'il existait une autre méthode, moins restrictive pour les échanges, permettant de réaliser les objectifs légitimes de la mesure des États-Unis. La conséquence logique de l'argument ci-dessus est que les négociations sont en cours et que, par conséquent, la prohibition à l'importation devrait être levée.

22. La Malaisie fait appel également des conclusions formulées par le Groupe spécial sous la rubrique "[m]esures comparables, du point de vue de l'efficacité, à la mesure des États-Unis". Elle estime que l'Organe d'appel a parlé de mesures comparables, du point de vue de l'efficacité, aux mesures des États-Unis pour illustrer la différence entre la conception et l'application de la mesure initiale.¹⁹ L'Organe d'appel a relevé que, si la conception de la mesure permettait de certifier des pays appliquant des mesures comparables, du point de vue de l'efficacité, aux mesures des États-Unis, ce n'était pas la façon dont la mesure était effectivement appliquée. Le Groupe spécial a interprété à tort cette observation de l'Organe d'appel comme signifiant qu'une mesure imposant aux pays exportateurs d'adopter des programmes de réglementation comparables, du point de vue de l'efficacité, au programme d'un pays importateur ne pouvait pas constituer une "discrimination injustifiable".

23. La Malaisie soutient que l'Organe d'appel n'a pas admis la légitimité des "mesures comparables" – de façon implicite ou autrement. En fait, il a seulement décrit le fonctionnement de la mesure initiale qui était recherché. Cela ressort, entre autres choses, du fait que l'expression "comparables, du point de vue de leur efficacité" figure dans les Directives de 1996, qui portaient application de la mesure initiale. L'Organe d'appel n'autorisait en aucune façon les Membres importateurs à imposer des mesures unilatérales subordonnant l'accès au marché à l'application par un Membre exportateur de mesures "comparables, du point de vue de leur efficacité" à leurs propres mesures. Par conséquent, le Groupe spécial a fait erreur en considérant que la nouvelle mesure, qui imposait l'obligation d'appliquer des mesures "comparables, du point de vue de leur efficacité, au programme de réglementation des États-Unis", ne pouvait pas constituer une discrimination injustifiable.

24. La Malaisie estime également que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les Directives révisées ménageaient une *flexibilité* puisqu'elles prenaient en compte les situations dans lesquelles le chalutage de la crevette ne mettait pas en danger les tortues marines. La Malaisie estime que les Directives révisées ne traitent que de la prise accidentelle de tortues marines au cours du chalutage de la crevette. Un examen attentif des Directives révisées montre que celles-ci ne traitent pas du fait que les mêmes conditions n'existent pas en Malaisie. La Malaisie ne pratique pas le

¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, *supra*, note de bas de page 3, paragraphe 163.

chalutage de la crevette et la prise accidentelle de tortues marines dans les eaux malaisiennes est due au chalutage du poisson et non au chalutage de la crevette. Les Directives révisées ne tiennent donc pas compte des conditions spécifiques existant en Malaisie et, par conséquent, elles sont contraires au texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

25. La Malaisie fait appel de la façon dont le Groupe spécial a traité la décision du Tribunal du commerce international ("CIT") des États-Unis dans l'affaire *Turtle Island Restoration Network, et al. v. Robert L. Mallett, et al.*²⁰ (l'"affaire *Turtle Island*"). La Malaisie est d'avis que, lorsqu'il s'est abstenu d'examiner cette décision, le Groupe spécial a fait erreur en considérant que le droit interne ne pouvait pas être examiné par les groupes spéciaux. La Malaisie estime que, si le Groupe spécial avait examiné la décision prise dans l'affaire *Turtle Island* et déterminé s'il était probable que les Directives révisées seraient modifiées à l'avenir et quelles en seraient les conséquences, il aurait constaté que la "discrimination injustifiable" au sens du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 n'avait pas été éliminée.

26. Enfin, la Malaisie demande que l'Organe d'appel recommande que la prohibition à l'importation soit levée de façon à donner effet aux recommandations et décisions de l'ORD conformément au rapport de l'Organe d'appel.

B. *Arguments des États-Unis – Intimé*

1. Mandat

27. Les États-Unis estiment que l'argument de la Malaisie selon lequel le Groupe spécial n'a pas appliqué le bon critère d'examen conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord est sans fondement. La Malaisie a eu tort de s'appuyer à cet égard sur le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5)*. Dans cet appel, il s'agissait de savoir si l'examen du Groupe spécial était limité aux questions examinées au cours des procédures du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel. L'Organe d'appel a constaté que le Mémoire d'accord n'imposait pas une telle limitation. En l'espèce, toutefois, la portée de l'examen du Groupe spécial était parfaitement compatible avec les constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5)*.

28. Les États-Unis font observer que, en l'espèce, le Groupe spécial a longuement cité le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5)*. Le Groupe spécial a ensuite conclu qu'il était parfaitement en droit d'examiner *toutes* les allégations de la Malaisie au titre de l'article XI

²⁰ 110 Fed. Suppl. 2d 1005 (CIT, 2000).

et de l'article XX du GATT de 1994, que ces allégations de même que les arguments et les faits les étayant aient ou non été avancés au cours des procédures du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel.

29. Les États-Unis font valoir que l'argument de la Malaisie repose uniquement sur l'utilisation faite par le Groupe spécial de l'expression "recommandations et décisions de l'ORD". À leur avis, l'utilisation par le Groupe spécial de l'expression "se sont conformés aux recommandations et décisions de l'ORD" est parfaitement appropriée et ne dénote aucune limitation de la portée de son examen. Dans le contexte de cette affaire, les recommandations et décisions de l'ORD consistent, pour les États-Unis, à "mettre la mesure ... en conformité avec leurs obligations au titre [du GATT de 1994]". Le GATT de 1994 est le seul accord visé en cause dans le différend.

2. Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994

30. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a constaté à juste titre qu'ils avaient remédié à l'aspect de la discrimination qui concernait les différences dans les efforts pour négocier un accord bilatéral ou multilatéral. Dans sa décision antérieure prise dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a constaté que certains aspects de l'application de l'article 609, de par leur "effet cumulé", constituaient une discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent. Un de ces aspects se rapportait aux efforts pour négocier. L'Organe d'appel a ensuite cité les constatations de fait formulées par le Groupe spécial initial concernant l'absence d'efforts sérieux de la part des États-Unis pour négocier un accord de conservation avec les Membres de l'OMC plaignants et s'est appuyé sur ces constatations.

31. Les États-Unis soutiennent qu'ils ont entrepris de remédier à cet aspect de la discrimination injustifiable mis en évidence par l'Organe d'appel. En particulier, ils ont fait d'importants efforts pour négocier un accord sur la conservation des tortues marines dans la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est. Le Groupe spécial a constaté que ces efforts remédiaient effectivement à cet aspect de la discrimination injustifiable.

32. Les États-Unis font observer que la Malaisie ne conteste pas les principales constatations du Groupe spécial, à savoir qu'ils ont fait des efforts sérieux de bonne foi pour négocier un accord sur la conservation des tortues marines avec les pays de la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est. Le Groupe spécial a examiné le point de savoir si les États-Unis s'étaient intéressés à l'aspect de la "discrimination injustifiable" se rapportant aux efforts pour négocier mis en évidence par l'Organe d'appel et il a constaté à juste titre qu'ils avaient effectivement remédié à cet aspect de la discrimination.

33. Les États-Unis estiment que, au lieu de s'attacher aux constatations pertinentes du Groupe spécial, la Malaisie avance un certain nombre d'arguments qui soit reposent sur une mauvaise interprétation du rapport du Groupe spécial, soit constituent une demande d'infirmer des constatations fondamentales figurant dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis - Crevettes*. La Malaisie fait valoir que le Groupe spécial a constaté que "la démonstration qu'une négociation préalable avait été engagée de bonne foi empêcherait de qualifier une mesure unilatérale de discrimination injustifiable".²¹ De l'avis des États-Unis, cet argument ne tient pas compte du contexte dans lequel se sont déroulées les discussions du Groupe spécial sur les efforts pour négocier et constitue donc une mauvaise interprétation des constatations du Groupe spécial.

34. Les États-Unis estiment que les discussions de l'Organe d'appel et du Groupe spécial concernant les négociations s'inscrivent dans le contexte de l'application du texte introductif de l'article XX aux faits spécifiques de la cause en l'espèce. D'après le libellé du texte introductif de l'article XX, le Membre de l'OMC qui impose la mesure est tenu de démontrer que celle-ci n'est pas appliquée d'une façon qui constitue un moyen de discrimination injustifiable. De l'avis des États-Unis, aucun aspect de l'application de la mesure ne peut, comme le dit la Malaisie, "empêcher" la mesure d'être examinée au regard d'autres aspects de la discrimination alléguée.

35. Les États-Unis soutiennent qu'ils se sont attachés au critère de la "discrimination injustifiable" énoncé dans le texte introductif en établissant *prima facie* que leur mesure n'entraînait pas une discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent. En particulier, au cours des procédures du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel, ils ont établi l'absence de "discrimination injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" en démontrant qu'ils appliquaient les restrictions à l'importation de la même façon à tous les pays qui pratiquaient le chalutage de la crevette dans des eaux où vivaient des tortues marines menacées d'extinction.

36. Les États-Unis prennent note de l'argument de la Malaisie selon lequel le Groupe spécial "a fait erreur" en concluant ce qui suit: la Convention interaméricaine pour la conservation des tortues marines "peut raisonnablement servir de [repère] lorsque l'on considère ce qui peut être obtenu au moyen de négociations multilatérales".²² Ils estiment que la Malaisie a cité le rapport du Groupe spécial hors de son contexte. Le Groupe spécial a dûment tenu compte des efforts des États-Unis pour négocier afin de déterminer s'ils avaient remédié à cet aspect de la discrimination identifié par l'Organe d'appel. Dans ce contexte, le Groupe spécial a examiné les efforts de négociation faits pour conclure la Convention interaméricaine et les a comparés aux efforts faits par les États-Unis pour

²¹ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.11.

²² *Ibid.*, paragraphe 3.13.

négocier un accord sur la conservation des tortues marines pour la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est. Ce n'est que dans ce sens que le Groupe spécial a considéré que la Convention interaméricaine était un "repère".

37. S'agissant de l'argument de la Malaisie selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure des États-Unis était compatible avec l'*Accord sur l'OMC* parce que "les États-Unis n'ont pas prouvé que la procédure unilatérale et non consensuelle utilisée pour appliquer la prohibition à l'importation avait été éliminée", les États-Unis soutiennent qu'il va à l'encontre de la constatation figurant dans le rapport de l'Organe d'appel dans laquelle celui-ci réaffirme que rien dans le texte de l'article XX n'exige l'élimination d'une mesure au seul motif qu'elle est "unilatérale".

38. Les États-Unis évoquent l'argument de la Malaisie selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en constatant que leur mesure était compatible avec l'*Accord sur l'OMC* parce que les négociations sur un accord pour la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est constituaient une "autre méthode, moins restrictive, permettant de réaliser les objectifs légitimes de la mesure des États-Unis". Selon les États-Unis, cet argument repose sur l'hypothèse erronée qu'un Membre de l'OMC doit épuiser toutes les possibilités de réaliser ses objectifs par d'autres moyens. L'*Accord sur l'OMC* ne contient aucune prescription de ce genre et l'Organe d'appel n'a formulé aucune constatation en ce sens.

39. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a constaté à juste titre qu'ils avaient remédié à l'aspect de la discrimination injustifiable identifié dans le rapport de l'Organe d'appel pour ce qui était de la flexibilité et de la prise en compte des conditions locales.

40. L'Organe d'appel a constaté que le défaut le plus évident de l'application de l'article 609 était qu'elle obligeait apparemment tous les autres Membres exportateurs à adopter essentiellement la même politique que celle qui était appliquée aux crevettiers des États-Unis. L'Organe d'appel a relevé que les dispositions législatives de l'article 609 n'exigeaient 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, mais qu'il apparaissait que les directives alors en vigueur manquaient de flexibilité. L'Organe d'appel a également constaté qu'il n'apparaissait pas que les directives ménageaient une flexibilité permettant de tenir compte des différentes conditions pouvant exister dans différents pays de pêche.

41. Les États-Unis font valoir que la Malaisie ne conteste pas l'analyse que le Groupe spécial a faite du libellé des Directives révisées. Par ailleurs, la Malaisie n'a pas cherché à mesurer la flexibilité des directives dans la pratique en demandant la certification de son programme de conservation des tortues marines dans les zones de chalutage de la crevette.

42. Les États-Unis évoquent l'argument de la Malaisie selon lequel les Directives révisées ne traitent pas de l'allégation de la Malaisie selon laquelle "la Malaisie ne pratique pas le chalutage de la crevette et la prise accidentelle de tortues marines est due au chalutage du poisson et non au chalutage de la crevette".²³ Selon les États-Unis, cet "argument vague et qui n'est pas développé" ne permet pas de réfuter ce qui a été établi *prima facie*, à savoir qu'en fait les Directives révisées des États-Unis ménagent une flexibilité et permettent de tenir compte des conditions locales.

43. De l'avis des États-Unis, l'argument de la Malaisie selon lequel le Groupe spécial "a fait erreur en considérant que la question du droit interne ne pouvait pas être examinée par les groupes spéciaux" constitue une mauvaise interprétation des constatations du Groupe spécial et est sans fondement. Le Groupe spécial a examiné les éléments dont il disposait et a conclu à juste titre que, en vertu des Directives révisées, l'importation de crevettes pêchées par des bateaux utilisant des DET était autorisée, même si le pays exportateur n'avait pas été certifié conformément à l'article 609.

44. S'agissant de l'affaire *Turtle Island*, les États-Unis estiment que la Malaisie n'avance aucun argument montrant en quoi le raisonnement du Groupe spécial était incorrect pour ce qui est du droit interne applicable. Comme l'a relevé le Groupe spécial, le tribunal national s'est expressément abstenu d'ordonner une quelconque modification des Directives révisées et les dispositions des Directives révisées qui autorisent l'importation de crevettes en provenance de pays non certifiés pêchées avec des DET restent en vigueur.

C. *Arguments des participants tiers*

1. Australie

a) Mandat

45. L'Australie estime que, conformément aux dispositions de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, un groupe spécial est tenu d'examiner la compatibilité avec un accord visé des mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD. Cela impose au groupe spécial concerné de procéder à une nouvelle analyse factuelle et juridique de la mesure révisée ou nouvelle.

46. L'Australie est d'avis que, en l'espèce, le Groupe spécial n'a pas examiné les mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions en tenant compte de ces considérations. S'il l'avait fait, estime l'Australie, le Groupe spécial n'aurait pas eu des motifs suffisants pour arriver à la constatation établissant que l'article 609 de la Loi générale n° 101-162, tel qu'il était mis en œuvre aux

²³ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.21.

termes des Directives révisées du 8 juillet 1999 et tel qu'il avait été appliqué jusque-là par les autorités des États-Unis, était justifié au regard de l'article XX du GATT de 1994.

b) Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994

47. L'Australie fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans sa conclusion selon laquelle le fait que les États-Unis ont engagé des négociations de bonne foi serait, en soi, nécessairement suffisant pour satisfaire à la prescription du texte introductif de l'article XX voulant que leur mesure ne soit pas appliquée de façon à entraîner une discrimination injustifiable. Cette approche est incompatible avec le libellé du texte introductif de l'article XX et constitue une mauvaise application du raisonnement figurant dans le rapport de l'Organe d'appel.

48. L'Australie est d'avis que le Groupe spécial a mal interprété les constatations de l'Organe d'appel, ainsi que les prescriptions du texte introductif de l'article XX, en concluant que les États-Unis seraient en droit de maintenir la mesure de mise en œuvre s'il était démontré qu'ils faisaient des efforts sérieux de bonne foi pour conclure un accord international sur la protection et la conservation des tortues marines. Cette interprétation compromettrait sérieusement l'équilibre délicat des droits et des obligations établi à l'article XX et permettrait aux Membres de l'OMC de justifier des restrictions commerciales imposées unilatéralement en invoquant simplement l'ouverture simultanée de négociations internationales. L'article XX ne proscrie pas les restrictions commerciales unilatérales, mais leur utilisation doit faire l'objet d'un degré de limitation raisonnable – conformément au libellé du texte introductif – si l'on veut que l'équilibre des droits et des obligations soit préservé.

49. L'Australie estime qu'il appartient aux États-Unis de démontrer quels efforts sérieux de bonne foi ils ont entrepris pour supprimer ou éliminer la discrimination injustifiable inhérente à l'interdiction – y compris pour ce qui est de la conception, de la portée et de la mise en œuvre de la mesure. Les progrès accomplis dans le cadre de l'initiative concernant l'océan Indien montrent qu'il existe une solution viable et non discriminatoire autre que la restriction à l'importation unilatérale. Compte tenu de ces progrès, les États-Unis n'ont pas démontré pourquoi leur restriction à l'importation unilatérale ne constitue plus une forme de discrimination injustifiable.

50. L'Australie fait valoir que le Groupe spécial ne s'est pas assuré que les États-Unis s'acquittaient effectivement de leur charge de la preuve lorsqu'ils ont cherché à justifier leur mesure au regard de l'article XX. En particulier, les États-Unis n'ont pas prouvé que leur mesure était compatible avec les prescriptions du texte introductif de l'article XX. Le fait qu'ils n'ont pas présenté suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que la mesure ne constituait pas un moyen de

discrimination injustifiable signifie que le Groupe spécial n'aurait pas pu constater que la mesure des États-Unis satisfaisait aux prescriptions du texte introductif.

2. Communautés européennes

a) Mandat

51. Les Communautés européennes estiment que, puisque les mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD sont, par définition, des mesures nouvelles et différentes qui peuvent être incompatibles avec des dispositions de l'*Accord sur l'OMC* qui n'ont pas été examinées par le groupe spécial initial, il est juste qu'un groupe spécial agissant conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord doive, de ce fait, examiner une situation factuelle et juridique nouvelle et différente.

52. Cependant, les Communautés européennes considèrent que tous les groupes spéciaux sont liés par leur mandat, lequel est déterminé, conformément à l'article 7:1 du Mémoire d'accord, par la "demande d'établissement d'un groupe spécial". Les Communautés européennes font observer que, dans sa "demande d'établissement d'un groupe spécial", la Malaisie ne mentionnait que le GATT de 1994 et les recommandations et décisions de l'ORD. Sur la base de la "demande d'établissement d'un groupe spécial" présentée par la Malaisie, et de ses communications ultérieures, le Groupe spécial a constaté que les allégations de la Malaisie portaient exclusivement sur les constatations de l'Organe d'appel et sur leur non-respect. La Malaisie ne formulait aucune nouvelle allégation au titre de l'article XX.

53. Étant donné que le mandat d'un groupe spécial "établi" conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord repose sur les mêmes allégations et fondements juridiques que le mandat du groupe spécial initial, il n'apparaît pas que la façon dont le Groupe spécial a traité la plainte de la Malaisie conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord est erronée. Le Groupe spécial n'était pas habilité à examiner d'autres questions.

b) Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994

54. Les Communautés européennes pensent que la coopération et la négociation au niveau international doivent être préférées à l'action unilatérale, en particulier dans le domaine de la protection de l'environnement, et ce pour toutes les raisons exposées dans le rapport de l'Organe d'appel initial. Elles soulignent que, de par sa nature, la coopération internationale est un processus et non un résultat. Cette coopération repose nécessairement sur des efforts réciproques destinés à répondre à une préoccupation commune dans l'intérêt de chacun.

55. Compte tenu des circonstances propres à la présente affaire, il apparaît aux Communautés européennes que la coopération internationale exige à tout le moins un échange de données et de connaissances scientifiques facilement accessibles entre toutes les parties intéressées. En vertu des Directives révisées, les États-Unis admettraient les crevettes malaisiennes sur leur marché pour autant que la Malaisie démontre, sur la base de données pertinentes, soit que son programme de conservation des tortues est "comparable, du point de vue de l'efficacité" à la méthode de conservation choisie par les États-Unis, soit que ces méthodes de conservation ne sont pas nécessaires compte tenu des conditions qui existent dans les eaux dans lesquelles opèrent les chalutiers malaisiens. Ainsi, les États-Unis souhaitent apparemment que la Malaisie participe à la coopération internationale par le biais d'un échange des données disponibles.

56. L'application de la nouvelle mesure dénote une plus grande flexibilité que l'application de la mesure initiale, et cela constitue le fondement de la constatation du Groupe spécial établissant que la mesure des États-Unis qui est contestée n'est actuellement pas contraire à la prohibition de la "discrimination injustifiable" au sens du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

57. S'agissant de l'affaire *Turtle Island*, les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial a conclu à juste titre qu'il ne lui appartenait pas de spéculer sur le résultat d'un différend interne concernant l'interprétation correcte d'une disposition législative des États-Unis alors qu'une certaine interprétation avait été retenue par un tribunal national et que cette interprétation a été contestée en appel par l'Administration des États-Unis devant les tribunaux nationaux.

58. Les Communautés européennes soutiennent qu'il ressort des constatations du Groupe spécial que la décision du tribunal national n'obligeait pas les États-Unis à violer leurs obligations dans le cadre de l'OMC compte tenu des circonstances propres à la présente affaire, notamment parce que cette décision n'était pas définitive et que les demandes de mesures correctives provisoires avaient été rejetées. Cela paraît être une interprétation correcte de la situation au regard du droit interne des États-Unis. En particulier, les Directives révisées continuent d'être pleinement appliquées et représentent donc la situation qui existe en vertu du droit des États-Unis.

59. En conclusion, les Communautés européennes réaffirment la position qu'ils ont exposée devant le Groupe spécial, à savoir que la plainte déposée par la Malaisie en l'espèce est quelque peu prématurée. La Malaisie n'a pas encore demandé la certification. On ne voit donc pas encore bien comment la législation contestée s'appliquerait aux importations de crevettes et de produits à base de crevettes en provenance de ce pays.

3. Hong Kong, Chine

a) Mandat

60. Hong Kong, Chine rappelle que, dans sa communication au Groupe spécial, elle a dit qu'elle estimait que la question que devait examiner un groupe spécial agissant au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord était celle de savoir si une nouvelle mesure était en soi compatible avec l'*Accord sur l'OMC*, en particulier avec les dispositions spécifiques avec lesquelles le groupe spécial initial ou l'Organe d'appel avait jugé que la mesure initiale était incompatible.

61. De l'avis de Hong Kong, Chine, les groupes spéciaux devaient limiter leur examen à la nouvelle mesure, c'est-à-dire à la mesure adoptée après que le groupe spécial initial (ou l'Organe d'appel, selon le cas) s'est prononcé sur l'incompatibilité avec les règles de l'OMC; examiner la compatibilité de la nouvelle mesure avec l'*Accord sur l'OMC*; et examiner également dans quelle mesure le Membre de l'OMC a dûment mis en œuvre les recommandations et décisions du groupe spécial initial ou de l'Organe d'appel lorsqu'il a adopté la nouvelle mesure.

62. S'agissant du jugement rendu par le CIT dans l'affaire *Turtle Island*, Hong Kong, Chine relève que, en l'absence de mandat clair donné aux organes juridictionnels internationaux, ceux-ci n'interprètent généralement que le droit international et traitent le droit interne, lorsqu'il y a lieu, d'un point de vue factuel. La même approche semble avoir été adoptée par le Groupe spécial en l'espèce. En conséquence, Hong Kong, Chine est d'avis qu'il n'appartenait pas au Groupe spécial de spéculer sur les résultats de l'appel concernant le jugement rendu par le CIT ni de se prononcer à ce sujet. En outre, Hong Kong, Chine est consciente du fait que la décision du CIT fait l'objet d'un appel et pourrait être confirmée par le tribunal de plus haute instance des États-Unis.

4. Inde

a) Mandat

63. L'Inde estime que, puisque les mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD sont, par définition, des mesures nouvelles et différentes, il se peut que les nouvelles mesures de mise en œuvre soient incompatibles avec des dispositions des accords de l'OMC visés qui n'ont pas été examinées par le groupe spécial initial. Par conséquent, un groupe spécial "établi" au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord aurait à examiner une situation factuelle et juridique nouvelle et différente. L'Inde pense donc comme la Malaisie qu'une interprétation correcte de l'article 21:5 du Mémoire d'accord imposait au Groupe spécial d'examiner l'incompatibilité

alléguée également au regard de dispositions de l'OMC qui n'étaient pas pertinentes pour la résolution du différend dans le cadre de la procédure initiale.

64. S'agissant de l'affaire *Turtle Island*, l'Inde pense comme la Malaisie que le Groupe spécial s'est abstenu à tort d'examiner le droit interne en le traitant comme un fait. Pour évaluer la compatibilité du droit interne avec les règles de l'OMC, l'interprétation donnée par un tribunal national revêt une importance capitale. L'Inde est également d'accord avec la Malaisie pour dire que les États-Unis portent la responsabilité des actes de chacun de leurs pouvoirs, y compris le pouvoir judiciaire. Le CIT est un organe judiciaire des États-Unis. Son interprétation selon laquelle l'article 609 n'autorisait pas l'importation de crevettes pêchées avec des DET en provenance de pays non certifiés devrait être traitée comme une interprétation faisant autorité de la législation des États-Unis. Compte tenu de la constatation formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis – Crevettes*, le Groupe spécial aurait dû conclure que l'article 609 était incompatible avec le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

5. Japon

a) Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994

65. Le Japon est d'avis que, puisque les dispositions de l'article XX du GATT de 1994 constituent des "exceptions" aux principes fondamentaux du GATT de 1994, elles devraient être appliquées de façon stricte. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il est allégué qu'une mesure unilatérale est justifiée au regard de cet article.

66. Bien qu'il souscrive à la plupart des conclusions auxquelles est arrivé le Groupe spécial, le Japon est d'avis que le rapport du Groupe spécial ne décrit pas en détail le raisonnement ou processus par le biais duquel le Groupe spécial est arrivé à ces conclusions. Vu l'importance attachée aux prescriptions du texte introductif de l'article XX en tant qu'instrument permettant d'empêcher les abus, le texte introductif de l'article XX doit être appliqué d'une manière qui tienne pleinement compte du critère strict établi par les "Exceptions générales" visées à l'article XX.

67. L'argument de la Malaisie selon lequel les négociations ne constituent pas pour les États-Unis une autre action en vue de corriger et traiter le problème de la "discrimination arbitraire et injustifiable" repose sur une interprétation incorrecte du rapport de l'Organe d'appel initial. Étant donné que l'absence de négociations sérieuses de bonne foi était l'une des raisons ayant motivé la constatation de l'Organe d'appel établissant l'existence d'une "discrimination arbitraire ou injustifiable", il semble logique de penser que, en engageant des négociations suffisamment "sérieuses

de bonne foi" et en satisfaisant aux autres prescriptions, les États-Unis ont remédié à la "discrimination arbitraire ou injustifiable". Aussi le Japon souscrit-il à la constatation du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis n'étaient pas tenus de conclure un accord concernant la protection et la conservation des tortues marines avant de prendre la mesure.

68. Le Japon estime cependant que, comme la notion de "sérieux" et de "bonne foi" a un caractère subjectif, un critère plus objectif, tel que la reconnaissance par tous les autres pays négociateurs du fait que la mesure en question est nécessaire, pourrait être exigé en plus du critère des "efforts sérieux de bonne foi". Le Japon considère que le Groupe spécial aurait dû inclure expressément dans son rapport, comme faisant partie de l'obligation de négocier, un tel critère de soutien ou de reconnaissance de la mesure en question par les autres pays négociateurs.

6. Mexique

a) Mandat

69. Le Mexique pense comme la Malaisie que le mandat d'un groupe spécial "établi" conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord est d'examiner si les mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions sont compatibles avec les accords visés, plutôt qu'avec ses propres recommandations et décisions.

70. Le Mexique estime que, en l'espèce, le Groupe spécial aurait dû accorder une attention particulière à la question de savoir si la mesure des États-Unis pouvait être justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994 étant donné qu'elle n'était pas appliquée d'une façon qui constituerait soit un moyen de "discrimination arbitraire ou injustifiable" entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international. Le Mexique considère que le Groupe spécial aurait aussi dû accorder une plus grande attention aux dispositions juridiques proprement dites plutôt qu'au rapport de l'Organe d'appel qui traitait de la mesure initiale. À son avis, il n'est pas possible de prétendre qu'un Membre de l'OMC est autorisé à adopter des mesures qui autrement seraient incompatibles avec l'article XX du GATT de 1994, en se fondant sur une interprétation de l'article qui est limitée aux circonstances propres au règlement d'un différend antérieur et au raisonnement y afférent.

7. Thaïlande

a) Mandat

71. La Thaïlande est d'avis que, en vertu de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, le Groupe spécial était tenu d'évaluer la compatibilité des "mesures prises pour se conformer" avec l'accord visé considéré, qui en l'espèce est le GATT de 1994. La Thaïlande pense comme le Groupe spécial que cela devait être fait compte tenu de l'évaluation de la compatibilité de la mesure initiale avec un accord visé effectuée par le Groupe spécial initial puis par l'Organe d'appel.

72. Cependant, le point de vue de la Thaïlande diffère de celui du Groupe spécial pour ce qui est de la portée des "mesures prises pour se conformer" par les États-Unis. La Thaïlande désapprouve l'approche du Groupe spécial consistant à examiner uniquement la compatibilité des Directives révisées avec le GATT de 1994 et à ne pas tenir compte de l'article 609.

73. La Thaïlande estime que, si le Groupe spécial avait examiné la compatibilité de l'article 609, considéré comme faisant partie de la mesure de mise en œuvre des États-Unis, il aurait constaté que, pour ce qui est de l'importation de crevettes pêchées avec des DET en provenance de pays non certifiés, l'article 609 est incompatible avec le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, lu à la lumière de la constatation formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Pour examiner la compatibilité de l'article 609 à cet égard, si le Groupe spécial avait décidé de le faire, il aurait fallu qu'il "cherche à bien comprendre" la législation. Comme il n'appartient pas au Groupe spécial d'interpréter l'article 609 proprement dit, cette compréhension doit reposer sur une interprétation faisant autorité de la législation dans le cadre du système juridique des États-Unis, au moins dans les cas où une interprétation faisant autorité existe.

74. La Thaïlande fait valoir que le fait que les Directives révisées n'ont pas été modifiées à la suite du jugement rendu par le CIT ne supprime pas l'incompatibilité actuelle de l'article 609 avec le GATT de 1994. Le manquement à une obligation découlant d'un traité ne résulte pas nécessairement d'un acte du pouvoir exécutif. Il peut aussi résulter d'un acte du pouvoir législatif ou judiciaire ou, comme dans le cas présent, de ces deux pouvoirs.

III. Question de procédure préliminaire

75. Le 13 août 2001, nous avons reçu un mémoire de l'American Humane Society and Humane Society International (le "mémoire de la Humane Society"). Ce mémoire était également joint en tant que pièce à la communication en tant qu'intimé déposée par les États-Unis dans le présent appel.

76. Comme nous l'avons indiqué antérieurement dans notre rapport sur l'affaire *États Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* ("*États-Unis – Crevettes*"), le fait de joindre un mémoire ou d'autres documents à la communication d'un appelant ou d'un intimé, quelles que soient leurs sources ou la manière dont ils ont été communiqués, fait que ces documents sont du moins *prima facie* partie intégrante de la communication du participant.²⁴ Dans ce rapport, nous avons indiqué également qu'il appartenait à un participant à un appel de déterminer lui-même ce qu'il allait inclure dans sa communication.²⁵

77. À l'audience tenue dans le cadre du présent appel le 4 septembre 2001, nous avons demandé aux États-Unis de préciser dans quelle mesure ils faisaient leurs arguments exposés dans le mémoire de la Humane Society. Les États-Unis ont indiqué ce qui suit: "il s'agit des vues indépendantes de cette organisation. Nous les adoptons dans la mesure où elles correspondent aux nôtres; sinon, ce sont des vues indépendantes. Nous vous les soumettons pour examen mais pas comme nos arguments propres, lesquels doivent être examinés un par un par le groupe spécial." En conséquence, nous nous concentrons sur les arguments juridiques figurant dans la communication présentée par les États-Unis en tant qu'intimé.

78. Le 20 août 2001, nous avons reçu un mémoire de M. Robert Howse, professeur de droit commercial international à la faculté de droit de l'Université du Michigan à Ann Arbor, Michigan (États-Unis). Pour rendre notre décision dans le présent appel, nous n'avons pas jugé nécessaire de tenir compte du mémoire adressé par le professeur Howse.

IV. Questions soulevées dans le présent appel

79. La mesure en cause dans le présent différend se compose de trois éléments: l'article 609 de la Loi générale n° 101-162 des États-Unis ("article 609"); les Directives révisées portant application de l'article 609 de la Loi générale n° 101-162 concernant la protection des tortues marines au cours des opérations de pêche de la crevette au chalut (les "Directives révisées")²⁶; et l'application de l'article 609 et des Directives révisées suivant la pratique des États-Unis. Les États-Unis et la

²⁴ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, paragraphe 89.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ United States Department of State, Federal Register, vol. 64, n° 130, 8 juillet 1999, Public Notice 3086, pages 36946 à 36952. Les Directives révisées sont annexées au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* (le "rapport du Groupe spécial"), WT/DS58/RW, 15 juin 2001.

Malaisie admettent cette définition de la mesure.²⁷ C'est aussi ce que fait le Groupe spécial.²⁸ Et c'est aussi ce que nous faisons.

80. Pour ce qui est de cette mesure, les questions suivantes sont soulevées dans le présent appel, à savoir:

- a) si le Groupe spécial s'est bien acquitté de son mandat au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord consistant à examiner la compatibilité avec les dispositions pertinentes du GATT de 1994 de la mesure que les États-Unis ont prise pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD dans l'affaire *États-Unis - Crevettes*; et
- b) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure en cause était désormais appliquée d'une façon qui ne constituait plus un moyen de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" et que, par conséquent, elle faisait partie des mesures autorisées au titre de l'article XX du GATT de 1994.²⁹

81. Pour ce qui est de la mesure en cause dans le présent différend, les États-Unis n'ont pas fait appel de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure contrevenait à l'article XI:1 du GATT de 1994.³⁰ Par conséquent, nous n'examinons pas cette question dans le présent appel.

82. La Malaisie n'a pas fait appel de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'article 609 était provisoirement justifié au regard du paragraphe g) de l'article XX du GATT de 1994.³¹ En outre,

²⁷ En réponse aux questions que nous avons posées à l'audience, les États-Unis ont indiqué ce qui suit:

La mesure en cause dans le présent appel serait l'article 609 tel qu'il est actuellement appliqué par le biais des directives [des États-Unis] actuellement en vigueur.

En réponse à la même question, la Malaisie a indiqué ce qui suit:

La Malaisie considère que la mesure en cause est constituée par les directives révisées de 1999 qui sont les directives portant application de l'article 609, ainsi que leur application.

²⁸ Le Groupe spécial a indiqué ce qui suit:

La "mesure de mise en œuvre" comprend l'article 609 de la Loi générale n° 101-162, les Directives révisées prises en application de l'article 609, datées du 8 juillet 1999, Federal Register, vol. 64, n° 130, Public Notice 3086, page 36946 (ci-après les "Directives révisées") ainsi que toute pratique découlant de l'application de ces Directives révisées.

(Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 154 relative au paragraphe 5.1)

²⁹ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.137.

³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.23.

la Malaisie a confirmé à l'audience tenue dans le cadre du présent appel qu'elle n'avait pas non plus fait appel de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause n'était pas appliquée d'une façon qui constituait "une restriction déguisée au commerce international" au sens du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.³² Par conséquent, nous n'examinons pas ces questions dans le présent appel.

V. Mandat

83. La première question soulevée par la Malaisie dans le présent appel est celle de savoir si le Groupe spécial a dûment examiné la mesure prise par les États-Unis pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*. La Malaisie fait valoir que le Groupe spécial a indûment limité son analyse aux recommandations et décisions de l'ORD et ne s'est donc pas acquitté de son mandat au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord parce qu'il n'a pas examiné la compatibilité de la mesure de mise en œuvre des États-Unis avec les dispositions pertinentes du GATT de 1994. La Malaisie fait valoir également que le Groupe spécial a à tort fondé son analyse entièrement sur notre rapport sur l'affaire *États-Unis – Crevettes*.

84. L'appel de la Malaisie concernant ce point va au cœur de ce qu'un groupe spécial est tenu de faire au cours d'une procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

Dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial.

85. Dans l'affaire *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* ("*Canada – Aéronefs (article 21:5)*"), nous avons étudié un aspect de la tâche d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. Dans cette affaire, le Groupe spécial a refusé d'examiner un argument du Brésil au motif que cet argument "ne faisait pas partie" du raisonnement du Groupe spécial initial et qu'il n'était "pas pertinent dans le ... différend [dont il était saisi], qui concern[ait] la question de

³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.42.

³² Les constatations du Groupe spécial sur cette question figurent au paragraphe 5.144 de son rapport. À l'audience, nous avons relevé que, dans sa communication en tant qu'appelant, la Malaisie ne mentionnait pas les constatations du Groupe spécial concernant le point de savoir si la mesure des États-Unis était appliquée de façon à constituer "une restriction déguisée au commerce international". Nous avons demandé à la Malaisie de confirmer qu'elle ne faisait pas appel de ces constatations. Elle l'a fait.

savoir si le Canada a[vait] ou n'a[vait] pas mis en avant la recommandation de l'ORD".³³ Nous ne souscrivions pas à cette décision et avons indiqué ce qui suit:

Il s'ensuit donc qu'en l'espèce, la tâche du Groupe spécial formé au titre de l'article 21:5 consistait, en réalité, à se prononcer sur la question de savoir si la nouvelle mesure - le programme PTC révisé - était compatible avec l'article 3.1 a) de l'*Accord SMC*.

En conséquence, lorsqu'il procède à son examen au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, un groupe spécial ne doit pas se borner à examiner les "mesures prises pour se conformer" dans l'optique des allégations, des arguments et des éléments de fait ayant trait à la mesure qui a fait l'objet de la procédure initiale. Bien que ceux-ci puissent avoir une certaine pertinence dans une procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, une procédure au titre de l'article 21:5 n'intéresse pas, en principe, la mesure initiale, mais plutôt une nouvelle mesure différente dont le groupe spécial initial n'était pas saisi. ...³⁴

Nous avons en outre indiqué ce qui suit:

En vérité, l'utilité de l'examen prévu à l'article 21:5 du Mémoire d'accord serait sérieusement remise en question si un groupe spécial devait se limiter à examiner la nouvelle mesure dans l'optique des allégations, des arguments et des éléments de fait ayant trait à la mesure initiale, parce qu'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 ne serait pas alors en mesure d'examiner de façon approfondie la "compatibilité avec un accord visé de[s] mesures prises pour se conformer", comme il est tenu de le faire aux termes de l'article 21:5 du Mémoire d'accord.³⁵

86. Comme nous l'avons établi dans notre rapport sur l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5)*, une procédure de groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord n'intéresse pas, en principe, la mesure initiale, mais une mesure nouvelle et différente dont le groupe spécial initial n'était pas saisi. En conséquence, "lorsqu'il procède à son examen au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, un groupe spécial ne doit pas se borner à examiner la "mesure [] prise [] pour se conformer" dans l'optique des allégations, des arguments et des éléments de fait ayant trait à la mesure qui a fait l'objet de la procédure initiale."³⁶

³³ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/RW, adopté le 4 août 2000, paragraphe 39.

³⁴ *Ibid.*, paragraphes 40 et 41.

³⁵ *Ibid.*, paragraphe 41.

³⁶ *Ibid.*

87. Lorsque la question concerne la compatibilité d'une nouvelle mesure "prise pour se conformer"³⁷, la tâche d'un groupe spécial pour ce qui est d'une question qui lui a été soumise par l'ORD en vue d'une procédure au titre de l'article 21:5 consiste à examiner la nouvelle mesure dans son intégralité. Pour accomplir cette tâche, un groupe spécial doit examiner à la fois la mesure proprement dite et l'application de cette mesure. Comme il ressort clairement du titre de l'article 21, la tâche des groupes spéciaux au titre de l'article 21:5 fait partie du processus de "*Surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions*" de l'ORD. À cette fin, la tâche d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 consiste à examiner la "compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions" de l'ORD. Cette tâche est circonscrite par les allégations spécifiques formulées par le plaignant lorsque la question est déférée par l'ORD en vue d'une procédure au titre de l'article 21:5. Examiner une allégation qui n'a pas été formulée ne fait pas partie de la tâche d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5.

88. Dans le présent appel, la Malaisie s'appuie sur la décision que nous avons rendue dans l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5)*. Nous croyons comprendre que la Malaisie fait valoir, en se fondant en partie sur notre décision dans l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5)*, que dans cette affaire le Groupe spécial avait le devoir d'examiner l'*intégralité* de la mesure des États-Unis et d'en déterminer la compatibilité avec les dispositions pertinentes du GATT de 1994. Cela est effectivement la tâche d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord. Mais, comme nous l'avons dit, la tâche d'un groupe spécial ne consiste pas à aller au-delà des allégations particulières qui ont été formulées en ce qui concerne la compatibilité d'une nouvelle mesure avec un accord visé lorsqu'une question lui est soumise par l'ORD en vue d'une procédure au titre de l'article 21:5. Ainsi, il n'aurait pas été approprié en l'espèce que le Groupe spécial examine une allégation qui n'avait *pas* été formulée par la Malaisie au moment où celle-ci demandait que la question soit déférée par l'ORD en vue d'une procédure au titre de l'article 21:5.

89. S'agissant d'une allégation qui *a* été formulée lorsqu'une question est déférée par l'ORD en vue d'une procédure au titre de l'article 21:5, la Malaisie semble laisser entendre également qu'un groupe spécial doit réexaminer, afin d'en déterminer la compatibilité avec les règles de l'OMC, même les aspects d'une nouvelle mesure qui faisaient partie d'une mesure antérieure ayant fait l'objet d'un différend, et dont l'Organe d'appel a établi qu'ils étaient *compatibles avec les règles de l'OMC* dans ce différend, et qui sont restés inchangés dans le cadre de la nouvelle mesure.

³⁷ Par opposition au débat sur l'"existence ... de mesures prises pour se conformer", qui n'est pas en cause en l'espèce.

90. Pour étudier cet argument, nous examinons ce que le Groupe spécial a fait en l'espèce pour s'acquitter de sa tâche conformément au Mémoire d'accord. Comme nous l'avons dit, le Groupe spécial devait analyser la nouvelle mesure dans son intégralité et dans son application lorsqu'il examinait la question déferée par l'ORD en vue d'une procédure au titre de l'article 21:5. En l'espèce, la question de savoir s'il a ou s'il n'a pas satisfait à cette prescription est liée à la façon dont il a traité une partie déterminée de la nouvelle mesure qui faisait aussi partie de la mesure initiale dans la procédure initiale – l'article 609.

91. L'article 609 – une disposition législative des États-Unis adoptée par le Congrès des États-Unis – est un élément commun à la mesure initiale en cause dans l'affaire antérieure et l'appel antérieur et à la nouvelle mesure en cause dans la présente affaire et le présent appel. Comme l'article 609 fait partie de la nouvelle mesure, il n'échappe pas à l'examen au titre de l'article 21:5. Toutefois, il convient de rappeler que, dans l'affaire antérieure, nous avons constaté que l'article 609 pouvait faire l'objet de la "justification provisoire" prévue au paragraphe g) de l'article XX du GATT de 1994. Il convient également de rappeler que, dans l'affaire antérieure, les lacunes que nous avons constatées dans l'*application* de la mesure initiale par les États-Unis, qui empêchaient celle-ci de bénéficier de l'exception prévue à l'article XX du GATT de 1994, n'étaient pas liées à l'article 609 lui-même. Ces lacunes étaient liées aux directives initiales qui avaient été promulguées par le Département d'État des États-Unis pour mettre en œuvre l'article 609, ainsi qu'à la pratique des États-Unis en ce qui concerne l'application de ces directives initiales aux Membres de l'OMC.

92. Lorsqu'il a analysé la compatibilité de l'article 609 dans cette nouvelle affaire, le Groupe spécial a indiqué ce qui suit:

Le Groupe spécial estime que deux questions doivent être examinées afin de déterminer si la mesure de mise en œuvre satisfait aux exigences du paragraphe g) de l'article XX. Premièrement, il note que l'Organe d'appel a constaté que l'article 609 était "provisoirement justifié" au regard de l'article XX g). Pour nous, cela signifie que l'Organe d'appel a conclu que l'article 609 satisfaisait à la première étape de l'analyse qu'il avait définie dans son rapport concernant l'affaire *États-Unis - Essence*, c'est-à-dire la *qualification* de la mesure au regard de l'article XX g), lorsqu'il a déterminé si l'article 609 était justifié au regard de l'article XX. Cela signifie que nous ne devrions pas parvenir à une conclusion différente de celle à laquelle est parvenu l'Organe d'appel, pourvu que la mesure de mise en œuvre dont nous sommes saisis soit identique à la mesure qui a été examinée par l'Organe d'appel au regard du paragraphe g).³⁸ (notes de bas de page omises)

³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.39.

Le Groupe spécial a ensuite conclu ce qui suit:

... les États-Unis n'ont pas modifié l'article 609, bien qu'ils aient pris des directives révisées concernant son application. Nous concluons donc que puisque l'article 609 en tant que tel n'a pas été modifié, les constatations de l'Organe d'appel concernant le paragraphe g) restent valables et la conformité de l'article 609 en tant que tel avec les exigences du paragraphe g) reste elle aussi valable, dans la mesure où les Directives révisées ne modifient pas l'*interprétation* qui doit être donnée à l'article 609 à cet égard. Rien ne nous démontre que les Directives révisées ont changé en quoi que ce soit le sens de l'article 609 par rapport aux exigences du paragraphe g), telles qu'elles ont été interprétées par l'Organe d'appel.³⁹

93. Nous sommes d'accord. Il n'est pas contesté que le libellé de l'article 609 n'a pas été modifié depuis la première affaire. Le Congrès des États-Unis n'a pas modifié la disposition législative. De plus, le sens de l'article 609 n'a pas été modifié par la décision du Tribunal du commerce international des États-Unis (le "CIT") dans l'affaire *Turtle Island Restoration Network, et al. v. Robert L. Mallett, et al.* (l'"affaire *Turtle Island*").⁴⁰

94. La décision du CIT dans l'affaire *Turtle Island* portait sur les Directives révisées: elle ne modifiait en rien l'interprétation de l'article 609. En outre, comme l'a dit le Groupe spécial, la décision rendue dans l'affaire *Turtle Island* est déclaratoire: le CIT n'a pas ordonné au Département d'État des États-Unis de modifier la teneur ou l'interprétation des Directives révisées; d'après l'interprétation juridique donnée par les autorités des États-Unis chargées de les faire appliquer, les Directives révisées restent les mêmes.⁴¹ À juste titre, lorsqu'il a examiné la mesure des États-Unis, le Groupe spécial a tenu compte de l'état du droit interne à ce moment-là. En particulier, le Groupe spécial a pris note du fait que la décision du CIT dans l'affaire *Turtle Island* n'avait pas modifié la teneur des Directives révisées ni empêché le gouvernement des États-Unis d'autoriser l'importation de crevettes pêchées avec des DET en provenance de pays non certifiés. En réponse aux questions que nous avons posées à l'audience, les États-Unis ont confirmé que le CIT n'avait pas ordonné au Département d'État de modifier sa pratique et que, par conséquent, le Département d'État continuait d'appliquer les Directives révisées comme avant.⁴² La Malaisie n'a pas démontré le contraire.

³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.41.

⁴⁰ 110 Fed. Supp. 2d 1005 (CIT, 2000). Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.109.

⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.109.

⁴² Les États-Unis ont indiqué ce qui suit:

Nous ne pensons pas que la décision du Tribunal concernant le litige modifie la mesure. La mesure est constituée de la disposition législative et des directives. Aux États-Unis, la question de savoir à quoi pourraient ressembler ces directives fait l'objet de procédures judiciaires et de

95. Il n'y a aucun moyen de savoir ou de prédire quand ou comment cette procédure juridique particulière se terminera aux États-Unis. L'affaire *Turtle Island* fait l'objet d'un appel et pourrait être portée jusque devant la Cour suprême des États-Unis.⁴³ Cela aurait été pure spéculation de la part du Groupe spécial que de prédire quand ou comment cette affaire pourrait se terminer ou de penser qu'il y aurait finalement un redressement par voie d'injonction et qu'au bout du compte la Cour d'appel des États-Unis ou leur Cour suprême obligeraient le Département d'État à modifier les Directives révisées. Le Groupe spécial a eu raison de ne pas se lancer dans une telle spéculation, ce qui aurait été contraire au devoir qu'il avait aux termes de l'article 11 du Mémoire d'accord, à savoir procéder "à une évaluation objective de la question ... y compris une évaluation objective des faits de la cause".

96. À notre sens, le Groupe spécial a donc dûment examiné l'article 609 dans le cadre de son examen de la nouvelle mesure dans son intégralité, a constaté avec raison que l'article 609 n'avait pas été modifié depuis la procédure initiale et a conclu à juste titre que notre décision dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* concernant la compatibilité de l'article 609 restait donc valable.

97. Nous tenons à rappeler que les procédures de groupes spéciaux au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord font partie, comme l'indique le titre de l'article 21, du processus de "*Surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions*" de l'ORD. Cela inclut les rapports de l'Organe d'appel. À l'évidence, le droit des Membres de l'OMC d'avoir recours au Mémoire d'accord, y compris au titre de l'article 21:5, doit être respecté. Cependant, il faut aussi garder présent à l'esprit que l'article 17:14 du Mémoire d'accord dispose non seulement que les rapports de l'Organe d'appel "ser[ont]" adoptés par l'ORD, par consensus, mais aussi que ces rapports "ser[ont] accepté[s] sans condition par les parties au différend. ..." Ainsi, les rapports de l'Organe d'appel qui sont adoptés par l'ORD sont, comme le dispose l'article 17:14, "... accepté[s] sans condition par les parties au différend" et, par conséquent, doivent être traités par les parties à un différend particulier comme étant la résolution définitive de ce différend. À cet égard, nous rappelons également que l'article 3:3 du Mémoire d'accord indique que le "règlement rapide" des différends "est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC".

98. Par conséquent, s'agissant de l'examen de la mesure en cause dans le présent appel, la tâche du Groupe spécial en ce qui concerne l'article 609, qui fait partie de la nouvelle mesure, était limitée à examiner son *application*. En particulier, la tâche du Groupe spécial pour ce qui était de l'article 609

controverses. Toutefois, pour l'instant et dans un avenir prévisible, les directives restent valables. Ce sont elles qui sont applicables. Ce sont elles qui déterminent ce qui se produit dans les ports.

(Réponse des États-Unis à une question posée à l'audience)

⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.109.

consistait à décider si l'article 609 avait été *appliqué* par les États-Unis d'une manière qui constituait une "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", en violation du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Ainsi, compte tenu de la structure de la nouvelle mesure, la tâche du Groupe spécial consistait à déterminer si l'article 609 avait été *appliqué* par les États-Unis, par le biais des Directives révisées, telles qu'elles étaient libellées ou telles qu'elles étaient appliquées, d'une façon qui constituait une "discrimination arbitraire ou injustifiable".

99. C'est exactement ce que le Groupe spécial a fait en l'espèce. Par conséquent, nous considérons qu'en agissant de cette façon le Groupe spécial s'est bien acquitté de sa tâche dans le cadre du Mémoire d'accord.

100. La Malaisie fait valoir que, s'agissant du mandat, le Groupe spécial s'est indûment borné à examiner la question de savoir si la nouvelle mesure était conforme aux décisions et recommandations de l'ORD et, en particulier, aux décisions de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD dans une affaire antérieure concernant la mesure initiale. À l'appui de cet argument, la Malaisie cite des passages précis du rapport du Groupe spécial.⁴⁴

101. À notre avis, une lecture du rapport du Groupe spécial dans son ensemble n'étaye pas la thèse de la Malaisie. En effet, il apparaît que le Groupe spécial a fait exactement le contraire de ce qu'affirme la Malaisie. Par exemple, nous relevons que, pour identifier son mandat, le Groupe spécial a expressément cité les termes de l'article 21:5 du Mémoire d'accord⁴⁵ de même que notre rapport sur l'affaire *Canada - Aéronefs (article 21:5)*.⁴⁶

⁴⁴ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.2. La Malaisie mentionne la note de bas de page 211 relative au paragraphe 5.66 et les paragraphes 5.116, 5.120, 5.125 et 5.134 du rapport du Groupe spécial.

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.7.

⁴⁶ *Ibid.*, paragraphe 5.8. Après avoir cité notre rapport sur l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5)*, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

Eu égard au raisonnement de l'Organe d'appel évoqué plus haut, le Groupe spécial estime qu'il est parfaitement habilité à examiner toutes les allégations formulées par la Malaisie au titre de l'article XI et de l'article XX du GATT de 1994, indépendamment de la question de savoir si ces allégations, les arguments et les éléments de fait étayant ceux-ci ont été exposés devant le Groupe spécial initial et dans le cadre de la procédure de l'Organe d'appel. ...

(*Ibid.*, paragraphe 5.9)

Nous sommes d'accord avec le Groupe spécial. Par contre, nous ne souscrivons pas à l'interprétation que la Malaisie donne de notre rapport sur l'affaire *Canada – Aéronefs (article 21:5)*. Comme l'indiquent les États-Unis, "dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, il s'agissait de savoir si l'examen d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 était limité aux questions examinées au cours des procédures du groupe spécial initial et de

102. Le Groupe spécial a ensuite indiqué ce qui suit:

Le mandat du présent groupe spécial ne diffère pas du mandat type qui a été adopté dans d'autres affaires intéressant l'article 21:5. Eu égard au raisonnement de l'Organe d'appel évoqué plus haut, le Groupe spécial estime qu'il est parfaitement habilité à examiner toutes les allégations formulées par la Malaisie au titre de l'article XI et de l'article XX du GATT de 1994, indépendamment de la question de savoir si ces allégations, les arguments et les éléments de fait étayant ceux-ci ont été exposés devant le Groupe spécial initial et dans le cadre de la procédure de l'Organe d'appel *pourvu*, comme l'a rappelé le groupe spécial dans l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord*, que les allégations aient été mentionnées dans la demande par laquelle le groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord a été saisi de la question.⁴⁷ (notes de bas de page omises)

103. En outre, dans son analyse, le Groupe spécial a examiné l'allégation de la Malaisie selon laquelle la nouvelle mesure prise par les États-Unis contrevenait toujours à l'article XI:1 du GATT de 1994 et a indiqué ce qui suit:

Le Groupe spécial note que les éléments de la mesure initiale qui ont été jugés incompatibles avec l'article XI:1 dans le rapport du Groupe spécial initial font toujours partie de la mesure de mise en œuvre, c'est-à-dire de l'article 609 tel qu'il est appliqué actuellement par les États-Unis. En particulier, les États-Unis continuent d'imposer une prohibition à l'importation de crevettes et de produits à base de crevettes obtenus d'une manière jugée préjudiciable aux tortues marines. Nous notons que les États-Unis ne contestent pas le fait qu'ils appliquent cette prohibition à l'importation. Nous estimons que la prohibition en cause se range dans les "prohibitions ou [...] restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres dépositions" maintenues par un Membre à l'importation d'un produit en provenance d'un autre Membre, contrairement à l'article XI:1.

Le Groupe spécial conclut donc que la mesure prise par les États-Unis pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD en l'espèce *contrevient à l'article XI:1 du GATT de 1994*.⁴⁸ (pas d'italique dans l'original)

l'Organe d'appel, et l'Organe d'appel a établi que le Mémoire d'accord ne prévoit aucune limitation de ce genre". (note de bas de page omise) (Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 11) S'agissant de la présente affaire, les États-Unis relèvent ce qui suit: "[I]e rapport du Groupe spécial n'impose aucune limitation en ce qui concerne l'examen des arguments de la Malaisie". (Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 13) Sur ce point, nous sommes d'accord avec les États-Unis. En l'espèce, le Groupe spécial a examiné tous les arguments de la Malaisie et n'a pas refusé d'examiner un argument sur le fond au motif qu'il n'avait pas été avancé devant le Groupe spécial initial ou l'Organe d'appel.

⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.9.

⁴⁸ *Ibid.*, paragraphes 5.22 et 5.23.

104. Le Groupe spécial a ensuite examiné la justification provisoire au regard de l'article XX g) du GATT de 1994 de l'article 609, qu'il a à juste titre jugé inchangé, et a indiqué ce qui suit:

En conséquence, aux fins de l'examen des arguments des États-Unis, nous déterminerons d'abord la compatibilité de la mesure de mise en œuvre avec le paragraphe g) de l'article XX. Si nous constatons qu'elle est "justifiée provisoirement" en vertu du paragraphe g), nous déterminerons alors si elle est appliquée *conformément au texte introductif de l'article XX*.⁴⁹ (pas d'italique dans l'original)

...

Nous concluons donc que la mesure de mise en œuvre est provisoirement justifiée *au regard du paragraphe g) de l'article XX*. Nous passons maintenant à la deuxième étape de la méthode qui a été retenue par l'Organe d'appel en l'occurrence, c'est-à-dire à une "nouvelle évaluation de la *même mesure* au regard des clauses introductives de l'article XX."⁵⁰ (pas d'italique dans l'original, note de bas de page omise)

105. Cette analyse montre clairement que le Groupe spécial a bien compris la portée de son mandat. En outre, l'examen par le Groupe spécial du point de savoir si la mesure appliquée par les États-Unis constituait une "restriction déguisée au commerce international" au sens du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 montre que le Groupe spécial a très bien compris la portée de son mandat. Le Groupe spécial a indiqué ce qui suit:

Le Groupe spécial note qu'il a pour instructions, en vertu de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, d'examiner "l'existence ou [...] la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions" de l'ORD. Le fait que l'Organe d'appel n'a pas eu à constater que la mesure initiale était une restriction déguisée au commerce ne signifie pas que la mesure adoptée pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD n'est pas une restriction déguisée au commerce. Le Groupe spécial rappelle par ailleurs qu'il incombe aux États-Unis, en tant que partie qui a invoqué l'article XX, de prouver que leur mesure de mise en œuvre satisfait à *toutes* les exigences pertinentes du texte introductif. Cela signifie que les États-Unis doivent établir *prima facie* que la mesure de mise en œuvre n'est pas une restriction déguisée au commerce.⁵¹

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.28.

⁵⁰ *Ibid.*, paragraphe 5.42.

⁵¹ *Ibid.*, paragraphe 5.138.

106. Ainsi, le Groupe spécial a examiné la mesure à la lumière des dispositions pertinentes du GATT de 1994 et, ce faisant, il a évoqué à de nombreuses reprises le point de savoir s'il y avait eu violation du GATT de 1994 et le point de savoir si cette violation était tout de même justifiée au regard de l'article XX. De ce fait, en lisant le rapport du Groupe spécial dans son ensemble, nous ne voyons rien qui étaye l'argument de la Malaisie selon lequel le Groupe spécial a examiné la nouvelle mesure appliquée par les États-Unis *uniquement* à la lumière des recommandations et décisions de l'ORD.

107. La Malaisie s'élève également contre le fait que le Groupe spécial a évoqué fréquemment le raisonnement que nous avons suivi dans notre rapport sur l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Le raisonnement que nous avons suivi dans notre rapport concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*, sur lequel le Groupe spécial s'est fondé, ne constituait pas des opinions incidentes; il était essentiel pour notre décision. Le Groupe spécial a eu raison de l'utiliser et a eu raison de s'en prévaloir. Nous ne jugeons pas non plus surprenant que le Groupe spécial ait évoqué fréquemment notre rapport sur l'affaire *États-Unis – Crevettes*. En réalité, nous nous attendions à ce qu'il le fasse. Le Groupe spécial devait nécessairement prendre en compte nos vues à ce sujet, puisque nous avons infirmé certains aspects des constatations du Groupe spécial initial relatives à cette question et, chose plus importante, que nous avons donné des indications en matière d'interprétation destinées aux groupes spéciaux futurs, comme le Groupe spécial chargé de la présente affaire.

108. À cet égard, nous relevons que, dans notre rapport sur l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, nous avons indiqué ce qui suit:

Les rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de l'"acquis" du GATT. Ils sont souvent examinés par les groupes spéciaux établis ultérieurement. Ils suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend.⁵²

109. Ce raisonnement s'applique aussi aux rapports de l'Organe d'appel qui ont été adoptés. Ainsi, en prenant en compte le raisonnement figurant dans un rapport de l'Organe d'appel adopté – un rapport qui, de plus, avait un rapport direct avec le règlement par le Groupe spécial des questions dont il était saisi – le Groupe spécial n'a pas fait erreur. Le Groupe spécial a eu raison d'utiliser nos constatations comme instrument pour son propre raisonnement. En outre, nous ne voyons rien qui indique que, ce faisant, le Groupe spécial s'est borné à simplement examiner la nouvelle mesure dans l'optique des recommandations et décisions de l'ORD.

⁵² Rapport de l'Organe d'appel, ("*Japon – Boissons alcooliques*"), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, RRD 1996:I, 113, page 126.

110. Nous constatons, par conséquent, que le Groupe spécial s'est bien acquitté de son mandat au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord consistant à examiner la compatibilité, avec les dispositions pertinentes du GATT de 1994, de la mesure prise par les États-Unis pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*.

VI. Texte introductif de l'article XX du GATT de 1994

111. La deuxième question soulevée dans le présent appel est celle de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la nouvelle mesure en cause était appliquée d'une façon qui ne constituait plus un moyen de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" et faisait donc partie des mesures autorisées au titre de l'article XX du GATT de 1994.⁵³

112. Dans sa déclaration d'appel, la Malaisie fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle "l'article 609 de la Loi générale n° 101-162, tel qu'il est mis en œuvre aux termes des Directives révisées du 8 juillet 1999 et tel qu'il a été appliqué jusqu'ici par les autorités des États-Unis, est justifié au regard de l'article XX du GATT de 1994 aussi longtemps que les conditions énoncées dans les constatations figurant dans le présent rapport, en particulier la poursuite d'efforts sérieux de bonne foi en vue de parvenir à un accord multilatéral, continuent d'être réunies."⁵⁴ Dans sa communication en tant qu'appelant, la Malaisie a exposé six points de désaccord concernant le raisonnement et les constatations du Groupe spécial, qui l'amènent à conclure que, malgré les modifications apportées par les États-Unis à la mesure initiale, des éléments de "discrimination arbitraire ou injustifiable" persistent encore dans la façon dont la nouvelle mesure est appliquée par les États-Unis.

113. La Malaisie fait valoir ce qui suit:

- le Groupe spécial a fait erreur en interprétant notre décision antérieure dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* comme imposant aux États-Unis une obligation de *négocier* plutôt qu'une obligation de *conclure* un accord international⁵⁵;
- la constatation du Groupe spécial aboutit à "la situation absurde dans laquelle tout Membre de l'OMC serait en mesure de proposer de négocier de bonne foi un accord incorporant des normes qu'il a définies unilatéralement avant d'alléguer que sa mesure est justifiée au regard de l'article XX du GATT de 1994 et au cas où un accord ne

⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.137.

⁵⁴ *Ibid.*, paragraphe 6.1.

⁵⁵ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.10b) i).

serait pas conclu, d'alléguer que la mesure mettant en application les normes unilatérales ne pourrait pas constituer une discrimination injustifiable"⁵⁶;

- le Groupe spécial a fait erreur en concluant que la Convention interaméricaine pouvait raisonnablement servir de "repère" lorsque l'on considérait ce qui pouvait être obtenu au moyen de négociations multilatérales dans le domaine de la protection et de la conservation⁵⁷;
- le Groupe spécial a mal interprété l'utilisation par l'Organe d'appel de l'expression "mesures comparables du point de vue de l'efficacité aux mesures des États-Unis" en considérant qu'elle signifiait que l'Organe d'appel admettait la légitimité de telles "mesures comparables"⁵⁸;
- le Groupe spécial a fait erreur en concluant que les Directives révisées étaient suffisamment flexibles, même si elles ne prévoyaient pas explicitement les conditions particulières existant en Malaisie⁵⁹; et
- le Groupe spécial a fait erreur dans la façon dont il a traité la décision du CIT dans l'affaire *Turtle Island* et, par conséquent, dans sa conclusion concernant la validité juridique des parties des Directives révisées qui autorisent l'importation de crevettes capturées à l'aide de DET en provenance de pays de pêche non certifiés.⁶⁰

114. Les trois premiers arguments de la Malaisie concernent la nature et l'étendue du devoir qu'ont les États-Unis de pratiquer la coopération internationale pour protéger et conserver les tortues marines menacées d'extinction. Les trois derniers arguments de la Malaisie concernent la flexibilité des Directives révisées. Notre analyse portera sur chacun de ces arguments avancés par la Malaisie.

A. *Nature et étendue du devoir qu'ont les États-Unis de pratiquer la coopération internationale pour protéger et conserver les tortues marines*

115. Devant le Groupe spécial, la Malaisie a affirmé que les États-Unis auraient dû négocier et conclure un accord international sur la protection et la conservation des tortues marines avant d'imposer une prohibition à l'importation. Elle a fait valoir qu'"en continuant d'appliquer une mesure

⁵⁶ Résumé analytique de la communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 2 b) ii).

⁵⁷ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.13.

⁵⁸ *Ibid.*, paragraphes 3.17 et 3.18. Voir aussi le résumé analytique de la communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 2 iv).

⁵⁹ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphes 3.20 et 3.21.

⁶⁰ *Ibid.*, paragraphes 3.22 à 3.25.

unilatérale après l'expiration de la période raisonnable dans l'attente de la conclusion d'un accord international, les États-Unis [avaie]nt manqué aux obligations résultant pour eux du GATT de 1994".⁶¹ Les États-Unis ont répondu qu'ils avaient en fait déployé des efforts sérieux de bonne foi pour négocier et *conclure* un accord multilatéral sur la conservation des tortues marines qui engloberait à la fois la Malaisie et les États-Unis, et que ces efforts, tels qu'ils avaient été exposés de façon détaillée et documents à l'appui devant le Groupe spécial devraient, compte tenu de notre décision antérieure, être considérés comme suffisants pour satisfaire aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

Le Groupe spécial rappelle pour commencer que l'Organe d'appel a estimé que "*le fait que les États-Unis n'[avaie]nt pas engagé 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*" avait beaucoup de poids lorsqu'il s'agissait de déterminer si la discrimination était justifiable ou non au sens du texte introductif de l'article XX. Compte tenu des termes qu'il a employés, il nous semble que l'Organe d'appel avait en tête une négociation, et non pas la conclusion d'un accord. Si l'Organe d'appel avait estimé qu'un accord devait être conclu avant qu'une mesure puisse être prise par les États-Unis, il n'aurait pas employé les termes "dans le but"; il se serait contenté de dire qu'un accord devait être conclu.

...

En conséquence, nous sommes d'avis que l'Organe d'appel ne pouvait vouloir dire dans ses constatations que les États-Unis avaient l'obligation de conclure un accord concernant la protection et la conservation des tortues marines pour se conformer à l'article XX. Toutefois, nous parvenons à la conclusion que les États-Unis avaient l'obligation de s'efforcer sérieusement de bonne foi de parvenir à un accord avant d'avoir recours au type de mesure unilatérale actuellement en place. Nous estimons également que ces efforts ne pouvaient être des efforts "ponctuels". Il doit y avoir un processus continu, y compris une fois qu'une mesure unilatérale a été adoptée, en attendant la conclusion d'un accord. De fait, nous estimons que l'évocation par l'Organe d'appel d'un certain nombre d'accords internationaux préconisant une solution multilatérale en ce qui concerne les préoccupations en matière de conservation qui relèvent de l'article 609, démontre qu'une solution multilatérale qui, idéalement, ne restreint pas les échanges, doit généralement être privilégiée lorsque l'on traite de ces préoccupations, en particulier

⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.1.

lorsqu'il est établi qu'elle constitue "une autre méthode [pour laquelle on] pouvait raisonnablement opter".

...

Nous croyons comprendre que les constatations de l'Organe d'appel signifient que les États-Unis ont l'obligation de faire des efforts sérieux de bonne foi pour traiter la question de la protection et de la conservation des tortues marines à l'échelle internationale. Nous sommes conscients que la notion d'efforts sérieux de bonne foi peut avoir un caractère subjectif et de la difficulté qu'il peut y avoir à appliquer ce critère en réalité.⁶² (notes de bas de page omises)

116. La Malaisie fait appel de ces constatations du Groupe spécial. Selon elle, démontrer l'existence d'efforts sérieux de bonne foi en vue de *négoier* un accord international pour la protection et la conservation des tortues marines ne suffit pas pour satisfaire aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.⁶³ La Malaisie maintient que le texte introductif exige plutôt la *conclusion* d'un tel accord international. À son avis, les "observations et remarques pertinentes" formulées par nous dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* qui pourraient être interprétées comme donnant à penser qu'il en est autrement "constituent des opinions incidentes" dans notre rapport antérieur.⁶⁴ Sur cette base, la Malaisie fait valoir que le Groupe spécial a utilisé à mauvais escient ce rapport pour essayer de justifier son raisonnement selon lequel des efforts sérieux de bonne foi seraient à eux seuls suffisants pour satisfaire aux prescriptions du texte introductif.⁶⁵ En outre, elle estime que le Groupe spécial a mal interprété notre rapport en ce qui concerne la Convention interaméricaine et, en conséquence, n'a pas utilisé à bon escient cette Convention dans son analyse.⁶⁶

117. Le texte introductif de l'article XX dispose ce qui suit:

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 toute partie contractante des mesures:

118. Le texte introductif de l'article XX établit trois critères concernant l'*application* de mesures que l'on peut chercher à justifier au titre de l'article XX: premièrement, il ne doit pas y avoir de discrimination "arbitraire" entre les pays où les mêmes conditions existent; deuxièmement, il ne doit

⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.63, 5.67 et 5.76.

⁶³ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.11.

⁶⁴ *Ibid.*, paragraphes 3.10 et 3.11.

⁶⁵ *Ibid.*, paragraphe 3.11.

⁶⁶ *Ibid.*, paragraphe 3.13.

pas y avoir de discrimination "injustifiable" entre les pays où les mêmes conditions existent; et, troisièmement, il ne doit pas y avoir de "restriction déguisée au commerce international".⁶⁷ Les constatations du Groupe spécial dont la Malaisie fait appel concernent le premier et le deuxième de ces trois critères.⁶⁸

119. Il ressort clairement du libellé du texte introductif que ces deux critères servent à empêcher un Membre d'appliquer une mesure provisoirement justifiée au titre d'un alinéa de l'article XX d'une façon qui entraînerait une "discrimination arbitraire ou injustifiable".⁶⁹ Dans l'affaire *États-Unis - Crevettes*, nous avons dit que la mesure alors en cause entraînait une "discrimination injustifiable", en partie parce que, pour ce qui était de son application, les États-Unis traitaient les Membres de l'OMC d'une manière différente. Les États-Unis avaient adopté une approche fondée sur la coopération avec les Membres de l'OMC de la région des Caraïbes/de l'Atlantique Ouest, avec lesquels ils avaient conclu un accord multilatéral sur la protection et la conservation des tortues marines, à savoir la Convention interaméricaine. Or ils n'avaient pas, selon notre constatation, procédé à la négociation d'un tel accord multilatéral avec d'autres Membres exportateurs, y compris la Malaisie et les autres Membres de l'OMC parties plaignantes dans cette affaire.

120. En outre, nous avons alors relevé que l'article 609, qui faisait partie de la mesure initiale et qui continue de faire partie de la nouvelle mesure en cause en l'espèce, invitait le Secrétaire d'État des États-Unis à "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[s] ... tortues marines" et à "entamer dès que possible des négociations avec tous les gouvernements de pays étrangers qui participent ... à des opérations de pêche commerciale ... en vue de conclure avec lesdits pays des traités bilatéraux et multilatéraux visant à protéger ces espèces de tortues marines."⁷⁰ Nous avons conclu dans cet appel que les États-Unis n'avaient pas satisfait à cette prescription réglementaire de l'article 609.

121. Comme nous l'avons alors souligné:

⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, *supra*, note de bas de page 24, paragraphe 150; rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules ("États-Unis – Essence")*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, RRD 1996:I, 3, pages 25 et 26.

⁶⁸ Le Groupe spécial a également formulé des constatations concernant la restriction déguisée au commerce, mais il n'en est pas fait appel. Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.138 à 5.144.

⁶⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, *supra*, note de bas de page 24, paragraphes 156 et 160; rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, *supra*, note de bas de page 67, pages 25 et 26.

⁷⁰ Article 609 a). Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, *supra*, note de bas de page 24, paragraphe 167.

Mis à part la négociation de la Convention interaméricaine pour la protection et la conservation des tortues marines ... 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.⁷¹ (notes de bas de page omises)

Nous avons également dit ce qui suit:

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.⁷²

122. Nous avons conclu dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* que, pour éviter une "discrimination arbitraire ou injustifiable" les États-Unis devaient donner à tous les pays exportateurs "des possibilités similaires de négocier" un accord international. Compte tenu du mandat spécifique énoncé à l'article 609 et de la préférence marquée pour des approches multilatérales exprimée par les Membres de l'OMC et autres acteurs de la communauté internationale dans divers accords internationaux pour la protection et la conservation des tortues marines menacées d'extinction qui ont été cités dans notre rapport antérieur, les États-Unis, à notre avis, seraient censés faire des efforts de bonne foi pour parvenir à des accords internationaux qui soient comparables d'une enceinte de négociation à l'autre. Les négociations n'ont pas à être identiques. En fait, deux négociations ne peuvent jamais être identiques ni conduire à des résultats identiques. Les négociations doivent toutefois être *comparables* en ce sens que des efforts comparables sont faits, des ressources comparables sont investies et des énergies comparables sont déployées pour obtenir un accord international. Dans la mesure où de tels efforts comparables sont faits, il est plus vraisemblable qu'une "discrimination arbitraire ou injustifiable" sera évitée entre les pays lorsqu'un Membre importateur conclut un accord avec un groupe de pays, mais n'en conclut pas avec un autre groupe de pays.

123. En vertu du texte introductif de l'article XX, un Membre importateur ne peut pas traiter ses partenaires commerciaux d'une façon qui constituerait une "discrimination arbitraire ou injustifiable". S'agissant de la mesure en cause en l'espèce, on peut concevoir que les États-Unis puissent respecter cette obligation, et néanmoins la conclusion d'un accord international pourrait ne pas être possible malgré les efforts sérieux de bonne foi faits par les États-Unis. Prescrire qu'un accord multilatéral soit *conclu* par les États-Unis afin d'éviter une "discrimination arbitraire ou injustifiable" dans l'application de leur mesure signifierait que tout pays partie aux négociations avec les États-Unis, qu'il soit ou non Membre de l'OMC, aurait, en fait, un droit de veto sur la possibilité pour les États-Unis d'honorer les

⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel, *supra*, note de bas de page 24, paragraphe 167.

⁷² *Ibid.*, paragraphe 172.

obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de l'OMC. Une telle prescription ne serait pas raisonnable. Pour diverses raisons, il peut être possible de conclure un accord avec un groupe de pays, mais pas avec un autre. La conclusion d'un accord multilatéral exige la coopération et l'engagement de nombreux pays. À notre avis, on ne peut pas considérer que les États-Unis se sont livrés à une "discrimination arbitraire ou injustifiable" au sens de l'article XX uniquement parce qu'une négociation internationale a abouti à un accord et une autre non.

124. Comme nous l'avons dit dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, "la protection et la conservation des espèces de tortues marines qui sont de grandes migratrices ... 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".⁷³ En outre, 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".⁷⁴ Par exemple, la partie pertinente du Principe 12 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement dispose que "[l]es mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international".⁷⁵ De toute évidence, et "autant que possible", la préférence est largement donnée à une approche multilatérale. Toutefois, c'est une chose de *préférer* une approche multilatérale dans l'application d'une mesure qui est provisoirement justifiée au titre d'un des alinéas de l'article XX du GATT de 1994 et c'en est une autre de prescrire la *conclusion* d'un accord multilatéral comme condition nécessaire pour éviter une "discrimination arbitraire ou injustifiable" conformément au texte introductif de l'article XX. Nous ne voyons en l'espèce aucune prescription en ce sens.

125. La Malaisie est également en désaccord avec le Groupe spécial au sujet de certaines déclarations qu'il a faites concernant la Convention interaméricaine. Le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

S'agissant de l'absence de négociations avec certains Membres par rapport à d'autres ou du caractère insuffisant de ces négociations, l'évocation par l'Organe d'appel de la Convention interaméricaine démontre que les efforts déployés par les États-Unis pour négocier avec les plaignants avant d'appliquer la mesure initiale étaient largement insuffisants. La Convention interaméricaine a été négociée en tant qu'accord contraignant et elle est entrée en vigueur le 2 mai 2001. Nous concluons que la Convention interaméricaine peut raisonnablement servir de [repère] lorsque l'on considère ce qui

⁷³ Rapport de l'Organe d'appel, *supra*, note de bas de page 24, paragraphe 168.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

peut être obtenu au moyen de négociations multilatérales dans le domaine de la protection et de la conservation. Bien que nous convenions que des éléments de fait peuvent influencer sur la durée du processus ou sur le résultat final, nous estimons que tout effort présenté comme un "effort sérieux de bonne foi" doit être apprécié au regard des efforts qui ont été déployés pour conclure la Convention interaméricaine.⁷⁶

126. La Malaisie maintient que le mot "repère", tel qu'il est utilisé par le Groupe spécial, a la connotation de "critère juridique" et affirme que rien dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Crevettes* ne donne à penser que la Convention interaméricaine a le statut de critère juridique.⁷⁷ La Malaisie fait la distinction entre un "repère" qui aurait la valeur d'un "critère juridique", et un "exemple" qui n'aurait pas une telle valeur.⁷⁸

127. Il convient de rappeler comment nous avons considéré la Convention interaméricaine dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Nous avons alors dit ce qui suit:

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 marines avant d'imposer l'interdiction d'importer.⁷⁹

128. Ainsi, dans l'affaire antérieure, pour examiner la mesure initiale, nous avons eu recours à la Convention interaméricaine de deux manières. Premièrement, nous avons utilisé la Convention interaméricaine pour montrer qu'"il exist[ait] des procédures consensuelles et multilatérales pouvant être utilisées pour établir des programmes de conservation des tortues marines".⁸⁰ En d'autres termes, nous avons considéré la Convention interaméricaine comme un élément de preuve indiquant que les

⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.71.

⁷⁷ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.13.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *supra*, note de bas de page 24, paragraphe 171.

⁸⁰ *Ibid.*, paragraphe 170.

États-Unis pouvaient raisonnablement opter pour une autre méthode fondée sur la coopération et le consensus. Deuxièmement, nous avons utilisé la Convention interaméricaine pour montrer l'existence d'une "discrimination injustifiable". La Convention interaméricaine était le résultat d'efforts sérieux de bonne foi visant à négocier un accord régional sur la protection et la conservation des tortues, y compris les efforts faits par les États-Unis. Dans la procédure initiale, nous avons relevé qu'il y avait un contraste frappant entre les efforts faits par les États-Unis pour conclure la Convention interaméricaine et l'absence d'efforts sérieux de leur part pour négocier d'autres accords similaires avec d'autres Membres de l'OMC. Nous avons conclu qu'une telle disparité dans les efforts visant à négocier un accord international équivalait à une "discrimination injustifiable".⁸¹

129. Compte tenu de ce qui précède, nous examinons ce que le Groupe spécial a fait dans la présente affaire. Dans l'analyse de la Convention interaméricaine qu'il a effectuée dans le contexte de l'argument de la Malaisie relatif à la "discrimination injustifiable", le Groupe spécial s'est fondé sur notre rapport initial pour déclarer ce qui suit: "la Convention interaméricaine démontre que les efforts déployés par les États-Unis pour négocier avec les plaignants avant d'appliquer la mesure initiale étaient largement insuffisants".⁸² Puis il a dit ce qui suit: "la Convention interaméricaine peut raisonnablement servir de [repère] lorsque l'on considère ce qui peut être obtenu au moyen de négociations multilatérales dans le domaine de la protection et de la conservation".⁸³

130. À aucun moment dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* nous n'avons qualifié la Convention interaméricaine de "repère". Le Groupe spécial aurait pu choisir un autre mot qui convienne mieux - peut-être, comme la Malaisie l'a suggéré, "exemple".⁸⁴ Cela étant, il nous semble que le Groupe spécial a fait tout ce qu'il devait faire en ce qui concerne la Convention interaméricaine et l'a fait de manière compatible avec notre approche dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Le Groupe spécial a comparé les efforts que les États-Unis avaient déployés pour négocier la Convention interaméricaine avec un groupe de Membres de l'OMC exportateurs avec les efforts qu'ils avaient déployés pour négocier un accord similaire avec un autre groupe de Membres de l'OMC exportateurs. Il a utilisé à juste titre la Convention interaméricaine comme une référence factuelle dans cet exercice de comparaison. Cela était d'autant plus pertinent que la Convention interaméricaine était le seul accord international qu'il aurait pu utiliser pour une telle comparaison. Lorsque nous lisons le rapport du Groupe spécial, il nous apparaît clairement que ce dernier a accordé une valeur relative à la Convention interaméricaine pour faire cette comparaison, mais n'a en aucune manière considéré la

⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 172.

⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.71.

⁸³ *Ibid.*, paragraphe 5.71.

⁸⁴ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.13.

Convention interaméricaine comme un critère absolu. Par conséquent, nous ne partageons pas l'avis de la Malaisie selon lequel le Groupe spécial a élevé la Convention interaméricaine au rang de "critère juridique". La simple utilisation par le Groupe spécial de la Convention interaméricaine *comme base de comparaison* n'a pas transformé cette convention en un "critère juridique". En outre, même s'il est vrai que le Groupe spécial aurait pu choisir un mot plus approprié que "repère" pour exprimer ses vues, la Malaisie se trompe lorsqu'elle assimile la simple utilisation du mot "repère", tel qu'il a été employé par le Groupe spécial, à l'établissement d'un critère juridique.

131. Le Groupe spécial a noté que bien que "des éléments de fait p[uisse]nt influencer sur la durée du processus ou sur le résultat final, ... tout effort présenté comme un "effort sérieux de bonne foi" d[evait] être apprécié au regard des efforts qui [avaie]nt été déployés pour conclure la Convention interaméricaine".⁸⁵ Une telle comparaison est un élément essentiel de l'exercice visant à déterminer s'il y a une "discrimination injustifiable". Le Groupe spécial a ensuite analysé le processus de négociation dans la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est pour déterminer si les efforts faits par les États-Unis au cours de ces négociations étaient des efforts sérieux de bonne foi comparables à ceux qu'ils avaient faits en relation avec la Convention interaméricaine. Pour procéder à cette analyse, le Groupe spécial s'est référé aux éléments suivants:

- Un document communiqué le 14 octobre 1998 par le Département d'État des États-Unis à un certain nombre de pays de la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est. Ce document renfermait des éléments pouvant faire partie d'une convention régionale sur les tortues marines dans cette région.⁸⁶
- La contribution des États-Unis à un colloque tenu au Sabah du 15 au 17 juillet 1999. Le Colloque du Sabah a débouché sur l'adoption d'une déclaration préconisant la négociation et la mise en œuvre d'un accord régional dans l'ensemble de la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est.⁸⁷
- La Conférence de Perth tenue en octobre 1999 à laquelle les gouvernements participants, y compris les États-Unis, se sont engagés à élaborer un accord international sur les tortues marines pour la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est.⁸⁸

⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.71.

⁸⁶ *Ibid.*, paragraphe 5.79.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

- La contribution des États-Unis à la série de négociations qui ont eu lieu à Kuantan du 11 au 14 juillet 2000. Cette première série de négociations visant à conclure un accord régional a abouti à l'adoption de l'Accord sur la conservation et la gestion des tortues marines et de leur habitat dans la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est (l'"Accord de l'Asie du Sud-Est"). L'Acte final de la réunion de Kuantan disposait qu'un plan de conservation et de gestion devait être négocié et annexé à l'Accord de l'Asie du Sud-Est avant que celui-ci ne puisse être arrêté définitivement.⁸⁹ Au moment des travaux du Groupe spécial, le plan de conservation et de gestion était encore en cours de rédaction.⁹⁰

132. Sur cette base et, en particulier, sur la base de "la contribution des États-Unis aux démarches qui ont abouti à la réunion de Kuantan et leur apport à la réunion de Kuantan en tant que telle"⁹¹, le Groupe spécial a conclu que les États-Unis avaient fait des efforts sérieux de bonne foi qui satisfaisaient au "critère établi par la Convention interaméricaine".⁹² De l'avis du Groupe spécial, que l'Accord de l'Asie du Sud-Est soit ou non un document juridiquement contraignant est sans importance pour cette évaluation comparative parce qu'"il faut tenir compte des [différences concernant les] éléments de fait".⁹³ En outre, le Groupe spécial n'a pas jugé décisif le fait que l'accord final dans la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est, à la différence de la Convention interaméricaine, n'avait pas été conclu au moment des travaux du Groupe spécial. Selon le Groupe spécial, "[a]u moins d'ici à ce que soit terminé le plan de conservation et de gestion qui doit être annexé à l'Accord, ... les efforts des États-Unis devraient être appréciés en fonction de leur participation active et de leur soutien financier aux négociations, ainsi qu'en fonction des efforts qu'ils ont déjà déployés depuis 1998, étant donné la possibilité que les négociations aboutissent au cours de 2001".⁹⁴

133. Nous notons que le Groupe spécial a dit que "tout effort présenté comme un "effort sérieux de bonne foi" d[evait] être apprécié au regard des efforts qui [avaie]nt été déployés pour conclure la Convention interaméricaine".⁹⁵ À notre avis, pour évaluer les efforts sérieux de bonne foi déployés

⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.81.

⁹⁰ *Ibid.*, paragraphe 5.84.

⁹¹ *Ibid.*, paragraphe 5.82.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.* Il semble que les États-Unis étaient en faveur d'un accord juridiquement contraignant pour la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est, mais un certain nombre de parties ne l'étaient pas et leur point de vue a prévalu. Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.83.

⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.84.

⁹⁵ *Ibid.*, paragraphe 5.71.

par les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en utilisant la Convention interaméricaine en tant qu'*exemple*. À notre avis, de même, le Groupe spécial a eu raison de procéder ensuite à une analyse globalement conforme à ce principe et, finalement, a eu raison aussi de conclure que les efforts déployés par les États-Unis dans la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est constituaient des efforts sérieux de bonne foi comparables à ceux qui avaient abouti à la conclusion de la Convention interaméricaine. Nous n'avons rien à reprocher à cette analyse.⁹⁶

134. En somme, la Malaisie soutient à tort que pour éviter une "discrimination arbitraire et injustifiable" conformément au texte introductif de l'article XX, la *conclusion* d'un accord international sur la protection et la conservation des tortues marines est nécessaire. En conséquence, nous confirmons la constatation du Groupe spécial selon laquelle, étant donné les efforts sérieux de bonne foi faits par les États-Unis pour négocier un accord international, "l'article 609 n'est plus appliqué de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, comme l'avait indiqué l'Organe d'appel dans son rapport".⁹⁷

⁹⁶ Nous notons qu'une conférence multilatérale sur les tortues marines a eu lieu à Manille et a abouti à l'adoption du Plan de conservation et de gestion devant être annexé à l'Accord de l'Asie du Sud-Est. Nous notons également que l'Accord de l'Asie du Sud-Est est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2001. À notre avis, ces événements ne font que renforcer la constatation du Groupe spécial selon laquelle les efforts faits par les États-Unis pour négocier un accord international dans la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est constituent des efforts sérieux de bonne foi comparables à ceux qu'ils ont faits en relations avec la Convention interaméricaine. L'article IV.2 h) de la Convention interaméricaine prévoit l'utilisation de DET pour réduire la capture accidentelle et la mortalité des tortues marines au cours des activités de pêche. L'objectif 1.4 du Plan de conservation et de gestion annexé à l'Accord de l'Asie du Sud-Est impose aux États signataires de "[r]éduire dans toute la mesure du possible la capture accidentelle et la mortalité des tortues marines au cours des activités de pêche". À cet égard, il est prescrit aux États signataires de "[m]ettre au point et utiliser du matériel, des dispositifs et des techniques pour limiter au minimum la capture accidentelle des tortues marines lors de la pêche, comme des dispositifs qui permettent effectivement aux tortues marines de s'échapper et des interdictions de pêche dans certaines zones et à certaines périodes".

⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.137. Nous tenons toutefois à signaler qu'il y a une observation du Groupe spécial à laquelle nous ne souscrivons pas. Lorsqu'il a évalué les efforts de bonne foi faits par les États-Unis, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

Les États-Unis sont *demandeurs* dans ce domaine et compte tenu des moyens scientifiques, diplomatiques et financiers dont ils disposent, il est raisonnable d'attendre plutôt plus que moins de la part de ce Membre pour ce qui est des efforts sérieux de bonne foi. De fait, l'aboutissement des négociations relatives à la Convention interaméricaine illustre la force de persuasion des États-Unis.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.76)

Nous ne sommes pas convaincus par ce raisonnement. Comme nous l'avons dit dans notre rapport antérieur, le texte introductif de l'article XX "n'est ... qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi". (Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Crevettes*, *supra*, note de bas de page 24, paragraphe 158.) Cette notion de la bonne foi s'applique à tous les Membres de l'

OMC de la même manière.

B. *Flexibilité des Directives révisées*

135. Nous passons maintenant aux arguments de la Malaisie concernant la flexibilité des Directives révisées. La Malaisie a fait valoir devant le Groupe spécial que la mesure en cause entraînait une "discrimination arbitraire ou injustifiable" parce qu'elle subordonnait l'importation de crevettes aux États-Unis au respect par les Membres exportateurs de politiques et de normes prescrites "unilatéralement" par les États-Unis.⁹⁸ Elle a affirmé que les États-Unis imposaient "unilatéralement" leurs normes internes aux exportateurs.⁹⁹ Au sujet de cet argument, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

Quoique l'Organe d'appel ait constaté qu'exiger l'adoption d'un régime essentiellement identique constituait une discrimination arbitraire, il semble qu'il ait admis – du moins implicitement – qu'une exigence voulant que les programmes des États-Unis et des pays étrangers soient "comparables du point de vue de leur efficacité" serait compatible avec les obligations résultant pour les États-Unis du texte introductif de l'article XX. Il en est ainsi parce que celle-ci "permettr[ait] 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." Nous concluons donc que si, *dans la pratique*, la mesure de mise en œuvre prescrit une "efficacité comparable", il aura été donné suite à la constatation de l'Organe d'appel concernant l'absence de marge de manœuvre.¹⁰⁰ (note de bas de page omise)

136. La Malaisie ne partage pas l'avis du Groupe spécial selon lequel une mesure peut satisfaire aux prescriptions du texte introductif de l'article XX si elle est assez flexible, à la fois dans sa conception et dans son application, pour permettre la certification d'un pays exportateur doté d'un programme de protection et de conservation des tortues marines "comparable" à celui des États-Unis. Selon la Malaisie, même si la mesure en cause permet la certification de pays ayant des programmes de réglementation "comparables" à celui des États-Unis, et même si la mesure est appliquée de façon à permettre cette certification, elle entraîne une "discrimination arbitraire ou injustifiable" parce qu'elle subordonne l'accès au marché des États-Unis au respect de politiques et de normes prescrites "unilatéralement" par ce pays. La Malaisie accorde donc une importance considérable au caractère "unilatéral" de la mesure, et elle maintient que notre rapport antérieur n'étaye pas la conclusion du Groupe spécial sur ce point.¹⁰¹

⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.131.

⁹⁹ *Ibid.*, paragraphes 3.125 et 3.127.

¹⁰⁰ *Ibid.*, paragraphe 5.93.

¹⁰¹ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphes 3.17 à 3.19.

137. Nous rappelons que, dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, nous avons dit ce qui suit:

Il nous apparaît ... 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 à priori de justification au titre de l'article XX. Une telle interprétation rend inutiles 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.¹⁰² (pas d'italique dans l'original)

138. À notre avis, la Malaisie néglige l'importance de cette déclaration. Contrairement à ce que la Malaisie suggère, cette déclaration n'est pas une "opinion incidente". Comme nous l'avons dit auparavant, il nous apparaît "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". Cette déclaration énonce un principe qui a joué un rôle essentiel dans notre décision concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*.

139. Une question distincte se pose, toutefois, lorsque l'on examine, au regard du texte introductif de l'article XX, une mesure qui prévoit l'accès au marché d'un Membre de l'OMC pour un produit d'autres Membres de l'OMC *sous condition*. À la fois la Malaisie et les États-Unis conviennent qu'il s'agit d'un élément commun à la mesure en cause dans la procédure initiale et à la nouvelle mesure en cause dans le présent différend.

140. Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, nous avons conclu que la mesure alors en cause ne satisfaisait pas aux prescriptions du texte introductif de l'article XX concernant une "discrimination arbitraire ou injustifiable" parce que, du fait de l'application de la mesure, les Membres exportateurs étaient contraints par "une prescription unique, rigide et stricte"¹⁰³ d'adopter *essentiellement les*

¹⁰² Rapport de l'Organe d'appel, *supra*, note de bas de page 24, paragraphe 121.

¹⁰³ *Ibid.*, paragraphe 177.

mêmes politiques et pratiques de mise en application que celles qui étaient appliquées et imposées aux crevetiers des États-Unis. En revanche, dans le présent différend, le Groupe spécial a constaté que par rapport à la mesure initiale la nouvelle mesure était plus flexible et avait été appliquée avec plus de flexibilité. À la lumière des éléments de preuve présentés par les États-Unis, le Groupe spécial a acquis la conviction que cette nouvelle mesure, dans sa conception et son application, ne subordonnait *pas* l'accès au marché des États-Unis à l'adoption par un Membre exportateur d'un programme de réglementation visant la protection et la conservation des tortues marines qui soit *essentiellement le même* que celui des États-Unis.

141. Comme l'analyse du Groupe spécial semble l'indiquer, une approche fondée sur la question de savoir si une mesure exige qu'un Membre exportateur ait "essentiellement le même" programme de réglementation que celui qui a été adopté par le Membre importateur appliquant la mesure est un instrument utile pour identifier les mesures qui entraînent une "discrimination arbitraire ou injustifiable" et, par conséquent, ne satisfont *pas* aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Toutefois, cette approche n'est pas suffisante lorsqu'il s'agit de déterminer si une mesure satisfait *effectivement* aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Par conséquent, en interprétant notre rapport antérieur, le Groupe spécial a déduit du raisonnement y figurant qu'une mesure exigeant que les programmes de réglementation des États-Unis et des pays étrangers soient "comparables du point de vue de leur efficacité", par opposition à "essentiellement les mêmes", serait, en l'absence de tout autre point faible, conforme au texte introductif de l'article XX. À ce sujet, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

Quoique l'Organe d'appel ait constaté qu'exiger l'adoption d'un régime essentiellement identique constituait une discrimination arbitraire, il semble qu'il ait admis - du moins implicitement - qu'une exigence voulant que les programmes des États-Unis et des pays étrangers soient "comparables du point de vue de leur efficacité" serait compatible avec les obligations résultant pour les États-Unis du texte introductif de l'article XX. Il en est ainsi parce que celle-ci "permettr[ait] 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." Nous concluons donc que si, *dans la pratique*, la mesure de mise en œuvre prescrit une "efficacité comparable", il aura été donné suite à la constatation de l'Organe d'appel concernant l'absence de marge de manœuvre.¹⁰⁴ (note de bas de page omise)

142. Le Groupe spécial donne de notre rapport antérieur une lecture selon laquelle une lacune importante de la mesure initiale était qu'elle manquait de flexibilité, à la fois dans sa conception et

¹⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.93.

dans son application. Il considère que notre rapport antérieur donne à penser que la mesure initiale était appliquée d'une façon qui constituait une "discrimination injustifiable" pour la raison essentielle "que l'application de la mesure en cause ne permettait pas de s'assurer du bien-fondé du programme de réglementation au regard des conditions existant dans les pays exportateurs."¹⁰⁵ Suivant le raisonnement du Groupe spécial, une mesure qui, dans sa conception et son application, permet la certification de Membres exportateurs ayant des programmes de réglementation "comparables du point de vue de leur efficacité" à celui des États-Unis tient effectivement compte des conditions spécifiques existant dans les Membres de l'OMC exportateurs et, en conséquence, est assez flexible pour satisfaire aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.

143. Étant donné que la mesure initiale en cause dans ce différend exigeait "essentiellement les mêmes" pratiques et procédures que celles qui étaient exigées aux États-Unis, nous avons jugé nécessaire dans cet appel d'établir uniquement que l'article XX ne permettait pas une telle inflexibilité. Étant donné les constatations du Groupe spécial concernant la flexibilité de la nouvelle mesure en cause dans le présent différend, nous jugeons nécessaire dans le présent appel d'ajouter quelque chose à ce que nous avons établi dans notre rapport initial. La question soulevée par la Malaisie dans le présent appel est celle de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en déduisant de notre rapport antérieur et, partant, en constatant, que le texte introductif de l'article XX permettait une mesure qui exigeait uniquement une "efficacité comparable".

144. À notre avis, il y a une différence importante entre subordonner l'accès au marché à l'adoption d'essentiellement le même programme et subordonner l'accès au marché à l'adoption d'un programme *comparable du point de vue de l'efficacité*. Autoriser un Membre importateur à subordonner l'accès au marché à la mise en place par les Membres exportateurs de programmes de réglementation *comparables du point de vue de l'efficacité* à celui du Membre importateur donne une latitude suffisante au Membre exportateur en ce qui concerne le programme qu'il peut adopter pour atteindre le niveau d'efficacité requis. Cela permet au Membre exportateur d'adopter un programme de réglementation qui est adapté aux conditions spécifiques existant sur son territoire. À notre avis, le Groupe spécial a fait un raisonnement correct et a conclu à juste titre que subordonner l'accès au marché à l'adoption d'un programme *comparable du point de vue de l'efficacité* permettait une flexibilité suffisante dans l'application de la mesure afin d'éviter une "discrimination arbitraire ou injustifiable". Nous souscrivons, par conséquent, à la conclusion du Groupe spécial concernant l'"efficacité comparable".

¹⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 5.92.

145. La Malaisie fait valoir également que la mesure en cause n'est pas assez flexible pour satisfaire à la prescription du texte introductif de l'article XX relative à une "discrimination injustifiable ou arbitraire" parce que les Directives révisées ne prévoient pas explicitement les conditions spécifiques existant en Malaisie.¹⁰⁶

146. Nous notons que les Directives révisées contiennent des dispositions qui permettraient aux autorités des États-Unis de tenir compte des conditions spécifiques de la production malaisienne de crevettes, et du programme malaisien de conservation des tortues marines, si la Malaisie devait décider de demander la certification. Les Directives révisées disposent explicitement que "[s]i le gouvernement d'un pays de pêche démontre qu'il a mis en place et qu'il applique un programme de réglementation dont l'efficacité est comparable à celle du programme des États-Unis, afin de protéger les tortues marines pendant la pêche de la crevette au chalut sans avoir recours à des DET, le pays en question pourra également être certifié".¹⁰⁷ De même, les Directives révisées prévoient que le "Département d'État tiendra dûment compte des différences démontrées entre les conditions dans lesquelles s'effectue la pêche de la crevette aux États-Unis et celles dans lesquelles elle s'effectue dans d'autres pays, ainsi que des renseignements disponibles émanant d'autres sources".¹⁰⁸

¹⁰⁶ Selon la Malaisie, la spécificité de son cas tient au fait que le chalutage de la crevette ne se pratique pas sur son territoire; la crevette est une prise accessoire dans le chalutage du poisson de sorte que la prise accidentelle de tortues marines est due au chalutage du poisson et non au chalutage de la crevette. *Voir* la communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.21 et le rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.128. En outre, la Malaisie a indiqué ce qui suit:

La Malaisie est une aire de ponte, mais n'est pas considérée comme une aire d'alimentation des tortues marines et la saison de la ponte ne coïncide pas avec celle du chalutage des crevettes. Les caouannes et les tortues bâtardes relâchées viennent rarement pondre sur les plages de la Malaisie et il n'y en a pas dans les eaux malaisiennes, or la forte mortalité des tortues marines prises dans les chaluts à crevettes observée aux États-Unis concerne ces deux espèces de tortues marines. La tortue verte, le caret, la tortue luth et la tortue olivâtre sont les principales espèces de tortues marines que l'on trouve en Malaisie. La tortue verte vit dans les herbiers situés dans les eaux littorales peu profondes et le caret dans les récifs coralliens. Le chalutage est interdit dans ces zones. À la saison de la ponte, les tortues vertes restent à proximité du rivage dans des zones où le chalutage est également interdit. Pendant leur longue migration entre leurs aires d'alimentation et de ponte, les tortues nagent près de la surface de l'eau de sorte qu'elles sont plus exposées aux filets dérivants et aux palangres qu'aux chaluts. En Malaisie, le chalutage a pour cible le poisson pendant la majeure partie de l'année si bien que la capture accidentelle de tortues marines est due aux chaluts à poissons et non aux chaluts à crevettes.

(Réponse de la Malaisie aux questions posées à l'audience)

¹⁰⁷ Directives révisées, section II.B; *voir* le rapport du Groupe spécial, page 117.

¹⁰⁸ *Ibid.*

147. En outre, les Directives révisées prévoient que les prohibitions à l'importation qui peuvent être imposées au titre de l'article 609 ne s'appliquent pas aux crevettes ni aux produits à base de crevette obtenus "de toute autre manière ou dans toute autre circonstance qui, selon une détermination établie par le Département d'État, en accord avec le [Service national des pêches maritimes des États-Unis], ne présente aucun risque de prise accidentelle de tortues marines."¹⁰⁹ Selon la section II.B c) iii) des Directives révisées (*Autres mesures visant à protéger les tortues marines*), le "Département d'État admet que les tortues marines doivent être protégées tout au long de leur vie, et non pas seulement lorsqu'elles sont mises en péril par la pêche commerciale de la crevette au chalut".¹¹⁰ En outre, la section II.B c) iii) indique que "[l]orsqu'il prend des décisions en matière de certification, le Département tient dûment compte également des autres mesures que prend le pays de pêche pour protéger les tortues marines, y compris des programmes nationaux visant à protéger les plages de ponte et autres habitats, de l'interdiction de capturer délibérément des tortues marines, des programmes nationaux en matière d'application et d'exécution et de la participation à tout accord international visant à la protection et à la conservation des tortues marines".¹¹¹ En ce qui concerne le processus de certification, les Directives révisées précisent qu'un pays qui ne semble pas remplir les conditions requises pour être certifié recevra une notification qui "expliquera les motifs de cette évaluation préliminaire, indiquera au gouvernement du pays de pêche les mesures qu'il pourrait prendre pour être certifié et l'invitera à ... faire parvenir un complément d'information". De plus, le Département d'État s'engage à "examiner[] avec diligence les renseignements additionnels qui, de l'avis du gouvernement du pays de pêche, devraient être pris en considération par le Département lorsqu'il statue en matière de certification".¹¹²

148. Ces dispositions des Directives révisées, telles qu'elles sont libellées, permettent un degré de flexibilité qui, à notre avis, donnera aux États-Unis la possibilité de prendre en considération les conditions particulières existant en Malaisie lorsque, le cas échéant, cette dernière demandera la certification. Étant donné que la Malaisie n'a pas demandé la certification, tout examen de la question de savoir si elle serait certifiée relèverait de la spéculation.¹¹³

¹⁰⁹ Directives révisées, section I.B; voir le rapport du Groupe spécial, page 114.

¹¹⁰ Directives révisées, section II.B c) iii); voir le rapport du Groupe spécial, page 118.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Directives révisées, section II.C, rapport du Groupe spécial, pages 118 et 119. Voir aussi les Directives révisées, section II.D, rapport du Groupe spécial, page 119.

¹¹³ À cet égard, nous notons que les Communautés européennes disent ce qui suit:

... la plainte déposée par la Malaisie en l'espèce est quelque peu prématurée. La Malaisie n'ayant apparemment pas encore demandé la certification, on ne voit pas encore bien comment la législation contestée s'appliquerait aux

149. Il nous suffit de dire ici que, à notre avis, une mesure devrait être conçue de façon à ce qu'il y ait une flexibilité suffisante pour tenir compte des conditions spécifiques existant dans *tout* Membre exportateur, y compris, naturellement, la Malaisie.¹¹⁴ Toutefois, cela ne revient pas à dire qu'il doit y avoir dans la mesure des dispositions spécifiques visant à traiter spécifiquement des conditions particulières existant dans *chaque* Membre exportateur *pris individuellement*. L'article XX du GATT de 1994 n'exige pas qu'un Membre anticipe et prévoie explicitement les conditions spécifiques qui existent et qui évoluent dans *chaque* Membre *pris individuellement*.

150. Nous ne sommes donc pas convaincus par l'argument de la Malaisie selon lequel la mesure en cause n'est pas assez flexible parce que les Directives révisées ne traitent pas explicitement des conditions spécifiques existant en Malaisie.

151. La Malaisie fait valoir, enfin, que le Groupe spécial aurait dû examiner attentivement la décision rendue par le CIT dans l'affaire *Turtle Island* et évaluer, à la lumière de cette décision, la probabilité que les Directives révisées soient modifiées à l'avenir et les conséquences que cela aurait. Selon la Malaisie, le Groupe spécial aurait dû arriver à la conclusion que les Directives révisées n'étaient pas assez flexibles parce que le CIT a établi que la partie des Directives révisées autorisant l'importation aux États-Unis de crevettes capturées à l'aide de DET en provenance de pays de pêche non certifiés était contraire à l'article 609.¹¹⁵ Comme nous l'avons déjà établi¹¹⁶, nous sommes d'avis que, lorsqu'il a examiné les mesures des États-Unis, le Groupe spécial a tenu compte de l'état du droit interne à ce moment-là et est parvenu à la bonne conclusion. La décision rendue par le CIT dans l'affaire *Turtle Island* n'a pas modifié l'effet juridique ni l'application des Directives révisées; de ce fait, nous ne sommes pas convaincus par cet argument de la Malaisie.

152. Pour toutes ces raisons, nous confirmons la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 6.1 de son rapport selon laquelle "l'article 609 de la Loi générale n° 101-162, tel qu'il est mis en œuvre aux termes des Directives révisées du 8 juillet 1999 et tel qu'il a été appliqué jusqu'ici par les autorités des États-Unis, est justifié au regard de l'article XX du GATT de 1994 aussi longtemps que les conditions énoncées dans les constatations figurant dans le présent rapport, en

importations de crevettes et de produits à base de crevettes en provenance de ce pays.

(Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 27)

¹¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis, Crevettes, supra*, note de bas de page 24, paragraphe 164.

¹¹⁵ Communication de la Malaisie en tant qu'appelant, paragraphe 3.25.

¹¹⁶ Voir, *supra*, paragraphe 95.

particulier la poursuite d'efforts sérieux de bonne foi en vue de parvenir à un accord multilatéral, continuent d'être réunies".¹¹⁷

VII. Constatations et conclusions

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

- a) *constate* que le Groupe spécial s'est bien acquitté de son mandat au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord consistant à examiner la compatibilité, avec les dispositions pertinentes du GATT de 1994, de la mesure prise par les États-Unis pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*; et
- b) *confirme* la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 6.1 de son rapport selon laquelle "l'article 609 de la Loi générale n° 101-162, tel qu'il est mis en œuvre aux termes des Directives révisées du 8 juillet 1999 et tel qu'il a été appliqué jusqu'ici par les autorités des États-Unis, est justifié au regard de l'article XX du GATT de 1994 aussi longtemps que les conditions énoncées dans les constatations figurant dans le présent rapport, en particulier la poursuite d'efforts sérieux de bonne foi en vue de parvenir à un accord multilatéral, continuent d'être réunies".

¹¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.1. Le Groupe spécial a dit que ses constatations en matière de justification restaient valables "*aussi longtemps que*" certaines conditions qu'il énonçait dans son rapport, en particulier l'existence d'efforts sérieux de bonne foi en vue de parvenir à un accord multilatéral, continuaient d'être réunies. À cet égard, nous notons que les États-Unis ont négocié et conclu un accord avec certains pays de la région de l'océan Indien et de l'Asie du Sud-Est, l'Accord de l'Asie du Sud-Est. *Voir, supra*, la note de bas de page 96. Cet accord a pris effet le 1^{er} septembre 2001, presque deux mois et demi après la distribution du rapport du Groupe spécial. Les participants n'ont pas contesté l'existence de cet accord. Il y a eu quelques divergences à l'audience quant au caractère juridiquement contraignant de cet accord. Le Principe fondamental n° 4 de cet accord dispose ce qui suit:

Le présent accord, y compris le Plan de conservation et de gestion, peut être modifié par consensus entre les États signataires. Le cas échéant, les États signataires envisageront de modifier le présent accord pour le rendre juridiquement contraignant.

À l'audience, les États-Unis ont dit ce qui suit: "[L'Accord de l'Asie du Sud-Est] est considéré comme un engagement politique qui n'a pas d'effets contraignants en droit international." La Malaisie a dit ce qui suit: "L'Accord [de l'Asie du Sud-Est] ... aurait le statut de traité en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités parce que le mot "traité" a été défini comme désignant un accord international qui est conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, quelle que soit sa dénomination particulière." Nous n'avons pas à nous prononcer sur cette question et nous ne le faisons pas. Cela dit, nous notons que, qu'il soit juridiquement contraignant ou non, l'Accord renforce la constatation du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis avaient effectivement déployé des efforts sérieux de bonne foi pour négocier un accord multilatéral.

154. Comme nous avons confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure des États-Unis est maintenant appliquée d'une façon qui satisfait aux prescriptions de l'article XX du GATT de 1994, nous ne faisons aucune recommandation à l'ORD conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord.

Texte original signé à Genève le 2 octobre 2001 par:

James Bacchus
Président de la section

A.V. Ganesan
Membre

Julio Lacarte-Muró
Membre