

Annexe 14

ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE

RESTRICTED

WT/DS2/AB/R

29 avril 1996

(96-1597)

Organe d'appel

Etats-Unis - Normes concernant l'essence

nouvelle et ancienne formules

AB-1996-1

Rapport de l'Organe d'appel

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

*Etats-Unis - Normes concernant l'essence
nouvelle et ancienne formules*

Etats-Unis, appelant

Brésil
Venezuela, intimés

Communautés européennes
Norvège, participants tiers

AB-1996-1

Présents:

Féliciano, Président de la section
Beeby, membre
Matsushita, membre

I. Introduction

Les Etats-Unis font appel de certaines conclusions concernant des questions de droit et de certaines interprétations du droit qui figurent dans le rapport du Groupe spécial intitulé *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, WT/DS2/R, du 29 janvier 1996 (le "rapport du Groupe spécial"). Le Groupe spécial avait été établi pour examiner un différend opposant, d'une part, les Etats-Unis, et, d'autre part, le Venezuela, auquel s'était joint par la suite le Brésil. Le différend portait sur l'application par les Etats-Unis de la loi américaine dénommée "Loi de 1990 sur la lutte contre la pollution atmosphérique" (Clean Air Act, la "CAA") et, plus précisément, sur la réglementation promulguée par l'Agence pour la protection de l'environnement des Etats-Unis (l'"EPA") en vertu de ladite loi pour lutter contre la pollution causée par les substances toxiques et autre pollution provenant de la combustion d'essence fabriquée ou importée aux Etats-Unis. Cette réglementation, formellement intitulée "*Réglementation concernant les combustibles et les additifs pour combustibles - Normes pour l'essence nouvelle et ancienne formules*", constitue la Partie 80 du Titre 40 du Recueil de réglementations fédérales (Code of Federal Regulations¹), et est couramment dénommée "Réglementation sur l'essence".

¹40 CFR 80, 59 Fed. Reg. 7716 (16 février 1994).

A. Questions de procédure

Le 21 février 1996, les Etats-Unis ont notifié à l'Organe de règlement des différends leur décision de faire appel de certaines conclusions concernant des questions de droit et de certaines interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial conformément à l'article 16 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "*Mémorandum d'accord*")², et ont déposé simultanément une déclaration d'appel auprès de l'Organe d'appel, conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*")³. Par la suite, le 4 mars 1996, les Etats-Unis ont déposé leur communication en tant qu'appelant.⁴ Le Venezuela a déposé à son tour, le 18 mars 1996, sa communication en tant qu'intimé; le Brésil a déposé le même jour sa communication en tant qu'intimé.⁵ Ensuite, les participants tiers, à savoir les Communautés européennes et la Norvège, ont déposé leurs communications, le 18 mars 1996.⁶

Le dossier complet relatif à la procédure du Groupe spécial a été dûment transmis à l'Organe d'appel.⁷

L'audience prévue à la règle 27 des *Procédures de travail* s'est tenue les 27 et 28 mars 1996.⁸ Lors de l'audience, les participants et les participants tiers, respectivement, ont présenté oralement leurs arguments. Des questions leur ont été posées par les membres de l'Organe d'appel saisis de l'appel. Il a été répondu oralement à la plupart des questions et par écrit à certaines autres, les réponses étant communiquées aussi bien à l'Organe d'appel qu'aux autres participants et participants tiers.⁹ En outre,

²WT/DS2/6.

³WT/AB/WP/1, 15 février 1996.

⁴Conformément à la règle 21 1) des *Procédures de travail*.

⁵Conformément à la règle 22 1) des *Procédures de travail*.

⁶Conformément à la règle 24 des *Procédures de travail*.

⁷Conformément à la règle 25 des *Procédures de travail*.

⁸L'audience était initialement prévue pour le 25 mars 1996 mais a dû, pour des raisons incontournables et exceptionnelles, être reportée aux 27 et 28 mars 1996.

⁹Règle 28 des *Procédures de travail*.

les participants et participants tiers ont été invités à communiquer à l'Organe d'appel et aux autres participants et participants tiers des exposés finals écrits de leurs positions respectives, ce qu'ils ont fait.¹⁰ Tous les participants et participants tiers ont répondu de façon positive et avec ponctualité, ce dont se félicite l'Organe d'appel.

B. La Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique et sa mise en oeuvre

La CAA et sa mise en oeuvre par la Réglementation sur l'essence sont décrites en détail aux paragraphes 2.1 à 2.13 du rapport du Groupe spécial. Il peut être utile cependant de rappeler ici certaines constatations de fait du Groupe spécial.

En vertu de la CAA, deux programmes relatifs à l'essence¹¹ ont été établis afin que la pollution imputable à la combustion d'essence ne dépasse pas les niveaux de 1990 et afin de réduire les polluants dans les grandes agglomérations. Le premier programme concerne les "régions hors norme" en matière d'ozone, composées i) de neuf grandes zones métropolitaines qui ont enregistré les niveaux de pollution estivale par l'ozone les plus élevés et ii) de diverses autres régions incluses à la demande des gouverneurs des Etats concernés. La totalité de l'essence vendue aux consommateurs dans ces régions hors norme doit être de l'essence "nouvelle formule". La vente d'essence ancienne formule y est interdite. Le second programme concerne l'essence "ancienne formule", qui peut être vendue aux consommateurs dans le reste des Etats-Unis. L'EPA a été chargée de la mise en oeuvre des deux programmes, qui s'appliquent à l'essence vendue par les raffineurs, mélangeurs et importateurs nationaux. En conséquence, elle a adopté la Réglementation sur l'essence, aux termes de laquelle le respect des prescriptions de la CAA est essentiellement déterminé en fonction des niveaux de base de 1990.

1. Le programme relatif à l'essence nouvelle formule

La CAA a établi certaines caractéristiques de composition et de performance pour l'essence nouvelle formule.¹² La teneur en oxygène ne doit pas être inférieure à 2 pour cent en poids, la teneur en benzène ne doit pas dépasser 1 pour cent en volume et l'essence ne doit pas contenir de métaux lourds, notamment du plomb ou du manganèse. Les caractéristiques de performance de la CAA exigent une réduction de 15 pour cent des émissions de composés organiques volatiles (COV) et de polluants

¹⁰Règle 28 1) des *Procédures de travail*.

¹¹Article 211 k).

¹²Article 211 k) 2)-3).

atmosphériques toxiques (substances toxiques) et la non-augmentation des émissions d'oxydes d'azote (NOx). L'article 80.41 de la Réglementation sur l'essence énonce deux méthodes d'après lesquelles les entités peuvent faire certifier que leur essence est conforme à ces prescriptions. Du 1er janvier 1995 au 1er janvier 1998, les raffineurs, mélangeurs et importateurs nationaux peuvent utiliser une méthode provisoire de certification appelée "Modèle simple", qui exige la conformité avec des spécifications déterminées pour les valeurs concernant la pression des vapeurs d'hydrocarbures mesurée à l'échelle de Reid, l'oxygène, le benzène et les substances toxiques. Ils doivent aussi satisfaire à certaines "règles de non-dégradation" en maintenant les teneurs en soufre, en oléfines et en T-90 aux niveaux de base de 1990 ou au-dessous, en termes annuels moyens. A partir du 1er janvier 1998, ces entités devront se conformer au "Modèle complexe", qui prévoit avec plus d'exactitude les niveaux d'émission. Le Modèle complexe n'est pas en cause dans le différend à l'examen.

2. Le programme relatif à l'essence ancienne formule

Pour empêcher que les polluants extraits de l'essence nouvelle formule ne soient évacués en étant incorporés à l'essence ancienne formule, la CAA dispose que l'essence ancienne formule vendue par les raffineurs, mélangeurs et importateurs nationaux aux Etats-Unis doit demeurer aussi propre qu'elle l'était en 1990 d'après les niveaux de base.¹³ A la différence du Modèle simple pour l'essence nouvelle formule, les règles de "non-dégradation" par rapport aux niveaux de base de 1990 s'appliquent, pour l'essence ancienne formule, à tous les paramètres de l'essence et non pas seulement au soufre, aux oléfines et au T-90. La conformité est mesurée, en termes annuels moyens, sur la base d'une comparaison entre les émissions provenant de l'essence ancienne formule vendue par les raffineurs, mélangeurs et importateurs nationaux et les émissions se rapportant à un niveau de base de 1990.¹⁴

3. Règles d'établissement des niveaux de base

En ce qui concerne aussi bien l'essence nouvelle formule (pour les prescriptions du Modèle simple relatives au soufre, aux oléfines et au T-90) que l'essence ancienne formule (pour toutes les prescriptions), les niveaux de base de 1990 font partie intégrante du processus de mise en oeuvre de la Réglementation sur l'essence. La Réglementation contient donc des règles détaillées régissant l'établissement des niveaux de base.¹⁵ Les niveaux de base peuvent être individuels (établis par l'entité

¹³Article 211 k) 8) de la CAA.

¹⁴Article 80.90 de la Réglementation sur l'essence.

¹⁵Article 80.91.

elle-même) ou réglementaires (établis par l'EPA de façon à refléter la qualité moyenne de l'essence aux Etats-Unis en 1990), selon la nature de l'entité concernée.

i) *Raffineurs nationaux*

Chaque raffineur national qui a exercé une activité pendant au moins six mois en 1990 doit établir un niveau de base individuel représentant la qualité de l'essence qu'il a produite en 1990. La Réglementation sur l'essence prévoit trois méthodes d'établissement à appliquer à cette fin. Selon la Méthode 1, le raffineur national doit utiliser les données relatives à la qualité et les statistiques concernant les volumes de l'essence qu'il a produite en 1990. Si les données du type utilisé dans la Méthode 1 ne sont pas disponibles, il doit utiliser les données concernant la qualité de ses bases pour carburants de 1990 et les statistiques concernant la production de ces bases en 1990 (Méthode 2). Au cas où les données du type utilisé dans la Méthode 2 ne sont pas disponibles, le raffineur national doit établir un niveau de base individuel pour 1990 fondé sur les données concernant la qualité de son essence et/ou de ses bases pour carburants postérieures à 1990 et adaptées en fonction des modifications apportées à la raffinerie pour obtenir la composition de l'essence de 1990 (Méthode 3).

Les raffineurs nationaux qui ont exercé une activité pendant au moins six mois en 1990 ne sont pas autorisés à opter pour le niveau de base réglementaire établi par l'EPA à la place du niveau de base individuel. Par contre, les raffineurs nationaux dont les activités ont débuté après 1990 ou ont duré moins de six mois en 1990 sont tenus d'utiliser le niveau de base réglementaire établi par l'EPA.

ii) *Mélangeurs*

Les mélangeurs sont tenus d'établir un niveau de base individuel représentant la qualité de leur essence de 1990 en appliquant la Méthode 1 ci-dessus. A défaut, ils doivent utiliser le niveau de base réglementaire établi par l'EPA. Les mélangeurs ne sont pas autorisés à appliquer un niveau de base individuel établi d'après les Méthodes 2 ou 3.

iii) *Importateurs*

Les importateurs d'essence étrangère sont tenus d'établir un niveau de base individuel se rapportant à l'essence qu'ils ont importée en 1990, en appliquant la Méthode 1. Comme les mélangeurs, ils sont soumis au niveau de base réglementaire si, comme cela est prévu par l'EPA, les données nécessaires à la Méthode 1 ne sont pas disponibles.

La Réglementation sur l'essence ne prévoit pas de niveau de base individuel pour les raffineurs étrangers, même si l'EPA a examiné, lors de la rédaction de la Réglementation, la possibilité de le faire. En fait, l'EPA a continué à étudier cette possibilité après l'adoption de la Réglementation sur l'essence, et elle a élaboré en conséquence sa proposition de mai 1994.¹⁶ La proposition de mai 1994 prévoyait que les importateurs pourraient utiliser, avec certaines limitations, des niveaux de base individuels établis pour les raffineries étrangères afin de démontrer que l'essence produite par lesdites raffineries étrangères était conforme aux normes concernant l'essence nouvelle formule (mais non l'essence ancienne formule). Les niveaux de base individuels seraient établis en utilisant les Méthodes 1, 2 ou 3, comme pour les raffineries nationales en vertu de la Réglementation sur l'essence. Toutefois, l'utilisation de niveaux de base individuels en pareils cas serait soumise à conditions et limitée de plusieurs manières. La proposition de mai 1994 de l'EPA n'est jamais entrée en vigueur, car le Congrès des Etats-Unis a promulgué la législation en septembre 1994, refusant de fournir à l'EPA les fonds nécessaires à la mise en oeuvre de la proposition.

C. Rapport du Groupe spécial: constatations et conclusions

Les conclusions générales et la recommandation du Groupe spécial ont la teneur ci-après:

8.1 A la lumière des constatations énoncées ci-dessus, le Groupe spécial a conclu que les méthodes d'établissement des niveaux de base exposées dans la Partie 80 du Titre 40 du Recueil de réglementations fédérales n'étaient pas compatibles avec l'article III:4 de l'Accord général et ne pouvaient être justifiées au titre des paragraphes b), d) ou g) de l'article XX de l'Accord général.

8.2 Le Groupe spécial *recommande* que l'Organe de règlement des différends demande aux Etats-Unis de mettre cette partie de la Réglementation sur l'essence en conformité avec leurs obligations au titre de l'Accord général.¹⁷

¹⁶40 CFR 80, 59 Fed. Reg. 22 800 (3 mai 1994).

¹⁷Rapport du Groupe spécial, page 52.

Avant d'énoncer ses conclusions générales, le Groupe spécial a formulé les principales constatations ci-après:

- i) le mandat du Groupe spécial avait été établi après que la règle des 75 pour cent avait cessé d'être appliquée, et la règle n'avait pas été mentionnée dans le mandat; il n'était de toute façon pas nécessaire, compte tenu des constatations exposées aux alinéas ii), iv), v) et vii) ci-dessous, de déterminer si la mesure en cause était incompatible avec l'article I:1 de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (l'"*Accord général*")¹⁸;
- ii) l'essence importée et l'essence nationale étaient des "produits similaires" et, comme les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Réglementation sur l'essence empêchaient en fait l'essence importée de bénéficier de conditions de vente aussi favorables que celles qu'accordait à l'essence nationale un niveau de base individuel lié au producteur d'un produit, l'essence importée était soumise à un traitement "moins favorable" que le traitement accordé à l'essence nationale. Les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Réglementation sur l'essence étaient par conséquent incompatibles avec l'article III:4 de l'*Accord général*¹⁹;
- iii) eu égard à la constatation exposée à l'alinéa ii), il n'était pas nécessaire d'examiner la compatibilité de la Réglementation sur l'essence avec l'article III:1²⁰;
- iv) l'"aspect des méthodes d'établissement des niveaux de base" jugé incompatible avec l'article III:4 n'était pas justifié au regard de l'article XX b) de l'*Accord général* comme étant "nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux"²¹;
- v) le "maintien d'une discrimination entre l'essence importée et l'essence nationale", contraire à l'article III:4, n'était pas justifié au regard de l'article XX d) comme étant

¹⁸Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.19.

¹⁹Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.16.

²⁰Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.17.

²¹Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.29.

"nécessaire pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions [de l']Accord [général]"²²;

- vi) l'air pur était une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g) de l'*Accord général*²³;
- vii) les règles d'établissement des niveaux de base jugées incompatibles avec l'article III:4 ne pouvaient pas être justifiées au regard de l'article XX g) comme étant une mesure "se rapportant à" la conservation des ressources naturelles épuisables²⁴;
- viii) il n'était pas nécessaire, eu égard à la constatation exposée à l'alinéa vii), de déterminer si la mesure en cause était appliquée "conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales"²⁵;
- ix) il n'était pas nécessaire, eu égard à la constatation exposée à l'alinéa vii), de déterminer si la mesure en cause réunissait les conditions prévues dans la clause introductive de l'article XX (parfois dénommée texte introductif de l'article XX);
- x) il n'était pas nécessaire, eu égard aux constatations exposées aux alinéas ii), iv), v) et vii), de déterminer si la mesure en cause était incompatible avec l'article XXIII:1 b) pour avoir annulé ou compromis des avantages résultant de l'*Accord général*²⁶; et
- xi) il n'était pas nécessaire, eu égard aux constatations exposées aux alinéas ii), iv), v) et vii), de déterminer si la mesure en cause était incompatible avec l'article 2.1 et 2.2 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (l'"*Accord OTC*").²⁷

²²Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.33.

²³Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.37.

²⁴Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.40.

²⁵Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.41.

²⁶Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.42.

²⁷Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.43.

II. Questions soulevées dans le présent appel

A. Allégations d'erreur formulées par les Etats-Unis

Il importe de faire clairement ressortir l'objet du présent appel. A cette fin, nous identifierons tout d'abord les questions qui ont été soulevées par l'appelant, les Etats-Unis. Dans l'exposé qui suit, nous mettons en évidence ces questions en énumérant certaines autres questions examinées lors des travaux du Groupe spécial mais qui n'ont *pas* été portées devant l'Organe d'appel dans le présent appel, et que nous ne traitons donc pas dans le présent rapport d'appel.

Dans leur déclaration d'appel, datée du 21 février 1996, et leur communication d'appelant, datée du 4 mars 1996, les Etats-Unis allèguent que le Groupe spécial a commis des erreurs de droit, premièrement en considérant que les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Réglementation sur l'essence ne sont pas justifiées au regard de l'article XX g) de l'*Accord général* et, deuxièmement, dans son interprétation de l'article XX dans son ensemble.

Plus précisément, les Etats-Unis considèrent erronée la décision du Groupe spécial selon laquelle les règles d'établissement des niveaux de base ne constituent pas une "mesure" "se rapportant à" la conservation de l'air pur au sens de l'article XX g) de l'*Accord général*. Par conséquent, ils estiment aussi que le Groupe spécial a commis une erreur en n'allant pas plus avant dans l'interprétation et l'application de l'article XX g) et en ne constatant pas que les règles d'établissement des niveaux de base satisfont aux autres prescriptions de l'article XX g) et aux dispositions introductives de l'article XX.

Il apparaît encore plus clairement que le champ du présent appel est très limité si l'on considère le nombre des constatations formulées par le Groupe spécial dont les Etats-Unis n'ont pas fait appel. En résumé, les Etats-Unis ne font pas appel des constatations ou décisions formulées par le Groupe spécial sur, ou en ce qui concerne, la compatibilité des règles d'établissement des niveaux de base avec l'article I:1, l'article III:1, l'article III:4 et l'article XXIII:1 b) de l'*Accord général*, ainsi que l'applicabilité de l'article XX b) et XX d) de l'*Accord général* et de l'*Accord OTC*. En toute logique, les Etats-Unis n'ont pas fait appel non plus de la décision du Groupe spécial selon laquelle l'air pur est une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g) de l'*Accord général*.

B. Allégations des intimés et arguments des participants tiers

Les intimés, à savoir le Venezuela et le Brésil, soutiennent que l'Organe d'appel devrait rejeter l'appel des Etats-Unis et confirmer les constatations et conclusions du Groupe spécial concernant l'article XX g). En particulier, le Venezuela et le Brésil appuient la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause portée devant le Groupe spécial n'est pas une mesure "se rapportant à" la conservation de ressources naturelles épuisables. Le Venezuela affirme aussi qu'une mesure ne peut "se rapporter" ou "viser principalement" à la conservation que si i) elle est principalement destinée à réaliser un objectif relatif à la conservation; et ii) elle a un effet positif en matière de conservation.

Le Venezuela fait valoir que, comme les Etats-Unis n'ont pas satisfait dans le présent appel à la charge de la preuve qui leur incombe en ce qui concerne la prescription énoncée dans l'expression "se rapportant à" à l'article XX g), l'Organe d'appel peut confirmer le rapport du Groupe spécial sur ce point uniquement, et qu'il n'est pas nécessaire de considérer les autres prescriptions de l'article XX g) ni les prescriptions qui figurent dans le texte introductif de l'article XX.

Si l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial concernant la composante de l'article XX g) que constitue l'expression "se rapportant à" et procède effectivement à l'examen des autres prescriptions de l'article XX g), le Venezuela et le Brésil soutiennent que les Etats-Unis n'ont pas démontré non plus qu'il avait été satisfait à ces prescriptions. Ils font valoir que la mesure en cause n'est pas "appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales" puisque les restrictions ne sont pas imposées de façon à limiter directement la production ou la consommation d'air pur mais la consommation de certains types d'essence. Ils soutiennent aussi que l'air pur ne peut pas être considéré comme une "ressource naturelle épuisable" au sens de l'article XX g).

Quant aux prescriptions figurant dans le texte introductif de l'article XX, le Venezuela et le Brésil soutiennent que la mesure est appliquée de façon à constituer une "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent". Le Venezuela fait valoir que la mesure constitue également une "restriction déguisée au commerce international".

Les intimés avancent aussi l'argument subsidiaire selon lequel, si l'Organe d'appel devait infirmer les constatations du Groupe spécial concernant l'article XX g) et ne pas statuer en faveur du Venezuela et du Brésil au sujet des autres prescriptions de l'article XX, il devrait alors examiner leurs allégations au titre de l'*Accord OTC*.

Les participants tiers, à savoir les Communautés européennes et la Norvège, appuient l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'expression "se rapportant à" et les constatations du Groupe spécial relatives à l'article XX g). Ils peuvent difficilement accepter les arguments des Etats-Unis selon lesquels la mesure en cause a été appliquée "conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales", car ladite mesure n'imposait pas de restrictions sur l'air pur. Quant aux critères énoncés dans le texte introductif de l'article XX, les Communautés européennes et la Norvège soutiennent que la mesure est appliquée de façon à constituer une "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" et une "restriction déguisée au commerce international".

C. Question préliminaire

Les Etats-Unis ont soulevé lors de l'audience une question préliminaire concernant les arguments formulés par le Venezuela et le Brésil dans les communications que ceux-ci avaient présentées en tant qu'intimés pour ce qui est de savoir si l'air pur est une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g) et si les règles d'établissement des niveaux de base sont compatibles avec l'*Accord OTC*. Le motif principal de la question préliminaire est que les points mentionnés plus haut et les arguments formulés par le Venezuela et le Brésil à leur sujet n'ont pas été dûment soumis à l'Organe d'appel dans le présent appel conformément aux *Procédures de travail*. Les Etats-Unis ont souligné que le Venezuela et le Brésil n'avaient pas fait appel de la décision du Groupe spécial sur la question de l'air pur ni de l'absence de décision du Groupe spécial sur l'applicabilité de l'*Accord OTC*. Le Venezuela et le Brésil n'avaient pas déposé de communications d'appelants au titre de la règle 23 1) des *Procédures de travail*. Ni le Venezuela ni le Brésil n'avaient non plus fait séparément appel conformément à la règle 23 4) des *Procédures de travail*. Leurs arguments sur ces deux questions avaient été formulés dans leurs communications présentées en tant qu'intimés au titre de la règle 22 et, en tant qu'intimés, le Venezuela et le Brésil ne pouvaient pas contester la constatation du Groupe spécial sur la question de l'air pur ni l'absence de constatation du Groupe spécial sur l'applicabilité de l'*Accord OTC*.

Lors de l'audience, en réponse aux questions posées par l'Organe d'appel, le Venezuela et le Brésil ont confirmé qu'ils ne faisaient effectivement pas appel au sujet des deux points mentionnés. Ils ont ajouté cependant qu'à leur avis, l'Organe d'appel agirait dans le cadre de ses attributions en considérant, s'il le jugeait nécessaire, les résultats de l'examen de ces deux questions par le Groupe spécial.

Dans leur mémoire postérieur à l'audience, les Etats-Unis ont affirmé, entre autres choses, que si l'Organe d'appel devait aborder dans le cadre du présent appel les deux questions mentionnées

plus haut, cela entraînerait une iniquité à l'égard des Etats-Unis et favoriserait le non-respect des *Procédures de travail*. Ils ont ajouté qu'un tel non-respect des procédures de la part de l'Organe d'appel rendrait les choses difficiles pour les tierces parties qui devraient décider de devenir participants tiers ou non sur la base des questions soulevées en appel telles qu'elles sont énoncées dans la déclaration d'appel et la communication de l'appelant. Les Etats-Unis eux-mêmes n'avaient pas soulevé la question de l'air pur et celle de l'applicabilité de l'*Accord OTC* dans leur appel, et ils étaient le seul appelant dans l'affaire AB-1996-1.

A notre avis, les considérations formulées par les Etats-Unis au titre de cette question préliminaire sont convaincantes. Les arguments avancés par le Venezuela et le Brésil au sujet de l'air pur et de l'*Accord OTC* peuvent être, en effet, considérés comme des appels conditionnels, c'est-à-dire subordonnés à la condition que l'Organe d'appel infirme les constatations générales du Groupe spécial concernant l'article XX g) et ne statue pas en faveur du Venezuela et du Brésil quant aux autres prescriptions de l'article XX. Cette condition n'est pas remplie. Même si elle l'avait été, l'Organe d'appel aurait beaucoup hésité à se prononcer sur ces deux questions. Nous relevons, en premier lieu, que les questions de fait soulevées par l'appelant, les Etats-Unis, ne sont pas d'une nature telle qu'il ne soit pas possible de prendre une décision à leur sujet sans devoir nécessairement régler en même temps la question de l'air pur ou de l'applicabilité de l'*Accord OTC*. En deuxième lieu, pour traiter de ces deux questions, dans les circonstances du présent appel, l'Organe d'appel aurait été obligé de ne pas respecter incidemment ses propres *Procédures de travail* et de le faire en l'absence d'une raison impérative liée, par exemple, à la notion fondamentale d'équité ou à un cas de force majeure. Le Venezuela et le Brésil auraient pu faire appel, en vertu de la règle 23 1) ou 23 4) des *Procédures de travail*, des constatations et de l'absence de constatation du Groupe spécial sur les deux questions, ce qui aurait permis à l'Organe d'appel de traiter de ces deux questions directement dans une même et seule procédure d'appel.

L'acceptation des *Procédures de travail* par le Venezuela et le Brésil, et leur adhésion à ces règles, ne sont pas mises en question. Nous ne pouvons toutefois que constater que la voie qu'ils ont choisie pour aborder ces deux questions n'est pas prévue par les *Procédures de travail* et que ces questions ne font donc pas dûment l'objet du présent appel.

III. La question de la justification au regard de l'article XX g) de l'Accord général

L'article XX g) doit être énoncé dans son intégralité:

Article XX

Exceptions générales

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

...

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

...

A. "Mesures"

Le premier point que l'on nous demande d'examiner concerne le sens qu'il convient de donner au terme "mesures" utilisé à la fois dans le texte introductif de l'article XX et à l'alinéa g) de cet article. La question est de savoir si le terme "mesures" se réfère à l'ensemble de la Réglementation sur l'essence ou uniquement aux dispositions particulières de ladite réglementation qui portent sur l'établissement des niveaux de base pour les raffineurs, mélangeurs et importateurs nationaux.

Ainsi formulée, la question ne semble pas pertinente. En effet, le Groupe spécial a utilisé des termes différents, ou les mêmes termes avec un contenu différent, pour désigner les "mesures" dans différentes parties du rapport. Toutefois, dans le rapport du Groupe spécial, seules les règles concernant l'établissement des niveaux de base contenues dans la Réglementation sur l'essence ont été jugées incompatibles avec l'article III:4, dans la mesure où ces règles prévoyaient "un traitement moins favorable" pour l'essence importée que pour l'essence nationale. Ce sont ces mêmes dispositions que le Groupe spécial a évaluées, et jugées insuffisantes, au regard des dispositions justificatives de l'article XX g). Dans son rapport, le Groupe spécial n'a pas prétendu constater que la Réglementation sur l'essence dans son ensemble, ou une quelconque partie de cette réglementation autre que les règles d'établissement des niveaux de base, étaient incompatibles avec l'article III:4; par conséquent, il n'était

absolument pas nécessaire d'examiner si l'ensemble de la Réglementation sur l'essence, ou l'une quelconque de ses autres règles, étaient protégées ou justifiées par l'article XX g). Le Groupe spécial a suivi en l'occurrence la pratique de groupes spéciaux antérieurs en appliquant l'article XX aux dispositions jugées incompatibles avec l'article III:4: les "mesures" devant être analysées au regard de l'article XX sont les mêmes dispositions que celles qui sont contraires à l'article III:4.²⁸ Ces précédents groupes spéciaux n'avaient pas interprété le terme "mesures" dans un sens plus large au titre de l'article XX pour inclure des dispositions qui n'étaient pas elles-mêmes jugées incompatibles avec l'article III:4. Dans le présent appel, personne n'a donné à entendre dans les communications finales que l'Organe d'appel devait examiner au regard de l'article XX une partie de la Réglementation sur l'essence autre que les règles d'établissement des niveaux de base jugées contraires à l'article III:4. Personne n'a demandé une interprétation du terme "mesures" qui engloberait la Réglementation sur l'essence dans sa totalité.²⁹

A l'audience et dans leur mémoire postérieur à l'audience, les Etats-Unis se sont plaints de ce que le Groupe spécial et les intimés (Venezuela et Brésil) avaient utilisé, pour désigner les règles d'établissement des niveaux de base, des expressions telles que "la différence de traitement", "le traitement moins favorable" ou "la discrimination". Il est vrai, évidemment, que les règles d'établissement des niveaux de base ont été jugées incompatibles avec l'article III:4 de l'*Accord général* par le Groupe spécial. De l'avis de l'Organe d'appel, la désignation fréquente de ces dispositions, par le Groupe spécial, selon les termes de sa conclusion juridique au sujet de l'article III:4 n'a pas

²⁸Canada - *Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, IBDD, S30/147, adopté le 7 février 1984; *Etats-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, IBDD, S36/386, adopté le 7 novembre 1989; *Etats-Unis - Taxes sur les automobiles*, DS31/R (1994), non adopté.

²⁹Bien que, dans des communications présentées antérieurement à l'Organe d'appel, les Etats-Unis aient indiqué que "la Réglementation sur l'essence" devait être examinée dans le contexte de l'article XX g), dans leur mémoire postérieur à l'audience, daté du 1er avril 1996, les Etats-Unis ont confirmé qu'il était entendu pour eux que les "mesures" en question étaient les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Réglementation sur l'essence.

Le Brésil a déclaré, dans sa communication finale à l'Organe d'appel datée du 1er avril 1996, que "la mesure" sur laquelle porte le présent appel est la méthodologie prévue par la Réglementation sur l'essence pour fixer les niveaux de base, et non l'ensemble de la Réglementation elle-même". Cela dénote une position similaire à celle des Etats-Unis. Par la suite, le Brésil a encore déclaré que "le Brésil et le Venezuela n'ont pas contesté toutes les parties de la Réglementation; ils ont contesté uniquement les méthodes discriminatoires d'établissement des niveaux de base".

Le Venezuela a déclaré, dans sa déclaration récapitulative datée du 29 mars 1996, que "la mesure à examiner est la mesure discriminatoire, c'est-à-dire l'aspect de la Réglementation sur l'essence qui prive l'essence importée du droit d'utiliser le même système de niveaux de base réglementaire que celui qui est applicable à l'essence américaine, à savoir le système des niveaux de base individuels".

favorisé la clarté de l'analyse lorsqu'il s'est agi d'évaluer les mêmes règles d'établissement des niveaux de base au regard de l'article XX g).

B. "se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables"

Dans son rapport, le Groupe spécial a estimé que l'air pur était une "ressource naturelle" qui pouvait être "épuisée". Par conséquent, comme il l'a déjà indiqué antérieurement, le Groupe spécial a conclu qu'une politique visant à réduire l'épuisement de l'air pur était une politique visant à la conservation d'une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g). Un peu plus loin dans le rapport, toutefois, le Groupe spécial a également conclu que "les méthodes moins favorables d'établissement des niveaux de base" ne visaient *pas* principalement à la conservation des ressources naturelles épuisables et n'entraient donc pas dans le champ justificatif de l'article XX g).

Le Groupe spécial, lorsqu'il s'est agi d'interpréter les mots "se rapportant à", a cité en l'approuvant le passage ci-après du rapport du Groupe spécial qui a examiné en 1987 l'affaire des *harengs et saumons*³⁰:

Comme l'indique le préambule de l'article XX, l'inclusion de l'article XX g) dans l'Accord général n'avait pas pour objet d'élargir la portée de l'article à des mesures prises à des fins de politique commerciale, mais simplement d'assurer que les engagements pris au titre de l'Accord général n'empêchent pas l'application de politiques visant à la conservation de ressources naturelles épuisables. Aussi le Groupe spécial a-t-il conclu que, s'il n'était pas impératif qu'une mesure commerciale soit nécessaire ou essentielle pour la conservation d'une ressource naturelle épuisable, il fallait cependant que cette mesure *visé principalement* à la conservation d'une ressource naturelle épuisable pour qu'elle soit considérée comme "se rapportant à" la conservation, au sens de l'article XX g). (italiques ajoutés par le Groupe spécial qui a examiné la présente affaire)

Dans son rapport, le Groupe spécial a ensuite appliqué le raisonnement et la conclusion concernant l'affaire des *harengs et saumons* de 1987 aux règles d'établissement des niveaux de base de la Réglementation sur l'essence de la manière suivante³¹:

Le Groupe spécial a ensuite examiné si les aspects précis de la Réglementation sur l'essence qui, d'après ses constatations, enfreignaient l'article III - les méthodes d'établissement des niveaux de base moins favorables qui avaient un effet négatif sur les conditions de concurrence

³⁰Canada - Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés, IBDD, S35/106, paragraphe 4.6; adopté le 22 mars 1988 et cité dans le rapport du Groupe spécial au paragraphe 6.39.

³¹Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.40.

de l'essence importée - visaient principalement à la conservation des ressources naturelles. Le Groupe spécial n'a vu aucun lien direct entre le traitement moins favorable de l'essence importée qui était chimiquement identique à l'essence nationale et l'objectif des Etats-Unis consistant à améliorer la qualité de l'air dans le pays. En fait, de l'avis du Groupe spécial, une approche compatible avec l'obligation d'accorder un traitement non moins favorable n'empêcherait pas d'atteindre le niveau souhaité de conservation des ressources naturelles prévu par la Réglementation sur l'essence. En conséquence, on ne pouvait pas dire que les méthodes d'établissement des niveaux de base qui entraînaient un traitement moins favorable pour l'essence importée visaient principalement à la conservation des ressources naturelles. De l'avis du Groupe spécial, l'absence de lien notée ci-dessus était mise en évidence par le fait qu'accorder à l'essence importée un traitement compatible avec les obligations découlant pour les Etats-Unis de l'article III:4 n'aurait en aucune façon gêné ce pays dans l'application de ses politiques de conservation prévues par la Réglementation sur l'essence. En fait, les Etats-Unis restaient libres d'adopter une réglementation pour obtenir la qualité de l'air qu'ils souhaitaient. Le Groupe spécial a donc conclu que les méthodes moins favorables d'établissement des niveaux de base qui étaient en cause dans cette affaire ne visaient pas principalement à la conservation des ressources naturelles.

Il n'est pas facile de suivre le raisonnement exposé dans le paragraphe ci-dessus du rapport du Groupe spécial. A notre avis, ce raisonnement présente un certain degré d'opacité. Le Groupe spécial commence par énoncer qu'il n'y a "*aucun lien direct*" entre les règles d'établissement des niveaux de base, qu'il a qualifiées de "traitement moins favorable" de l'essence importée qui était chimiquement identique à l'essence nationale, et "l'objectif des Etats-Unis consistant à améliorer la qualité de l'air dans le pays". Peu après, le Groupe spécial a conclu que "*en conséquence, on ne pouvait pas dire que les règles d'établissement des niveaux de base qui entraînaient un traitement moins favorable pour l'essence importée visaient principalement à la conservation des ressources naturelles*" (italiques ajoutés). Le Groupe spécial n'a pas essayé de préciser si l'expression "lien direct" était utilisée comme synonyme de l'expression "visant principalement à" ou si un élément nouveau et additionnel (en plus de "visant principalement à") était exigé.

L'un des problèmes que pose le raisonnement suivi dans ce paragraphe est que le Groupe spécial s'est demandé si le "traitement moins favorable" de l'essence importée "visait principalement à" la conservation des ressources naturelles, et non pas si la "mesure", c'est-à-dire les règles d'établissement des niveaux de base, "visait principalement à" la conservation de l'air pur. A notre avis, le Groupe spécial a commis ici une erreur en se référant à sa conclusion juridique relative à l'article III:4 au lieu de se référer à la mesure en question. Cette analyse a pour résultat de renverser l'article XX. De toute évidence, il fallait qu'il soit constaté que la mesure accordait un "traitement moins favorable" au regard de l'article III:4 avant que le Groupe spécial examine les "exceptions générales" contenues à l'article XX. Il s'agit toutefois d'une conclusion de droit. Le texte introductif de l'article XX indique

clairement que ce sont les "mesures" qui doivent être examinées au regard de l'article XX g) et non la constatation juridique d'un "traitement moins favorable".

En outre, dans son rapport, le Groupe spécial semble avoir utilisé une conclusion à laquelle il était arrivé antérieurement en estimant que les règles d'établissement des niveaux de base n'entraient pas dans le champ des dispositions justificatives de l'article XX b), c'est-à-dire que ces règles n'étaient pas "nécessaires" à la protection de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. Rappelons que, dans son rapport, le Groupe spécial a constaté que les Etats-Unis n'avaient pas démontré que les règles d'établissement des niveaux de base étaient "nécessaires" au regard de l'article XX b) puisqu'ils avaient raisonnablement disposé d'autres mesures, compatibles ou moins incompatibles avec l'*Accord général*, pour atteindre leur objectif consistant à protéger la vie des personnes et des animaux et à préserver les végétaux.³² En d'autres termes, dans son rapport, le Groupe spécial semble avoir appliqué le critère du caractère "nécessaire" non seulement en examinant les règles d'établissement des niveaux de base au regard de l'article XX b) mais aussi en appliquant l'article XX g).

De l'avis de l'Organe d'appel, ce qui pose surtout problème en ce qui concerne la façon dont le Groupe spécial a appliqué l'article XX g) aux règles d'établissement des niveaux de base est qu'il a négligé une règle fondamentale de l'interprétation des traités. Cette règle a été formulée de manière succincte dans un texte qui fait autorité, la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (la "*Convention de Vienne*")³³, dont le passage pertinent est ainsi libellé:

ARTICLE 31

Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

Tous les participants et les participants tiers se sont fondés sur la "règle générale d'interprétation" énoncée ci-dessus, mais pas toujours au sujet de la même question. Cette règle générale d'interprétation

³²Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.25-6.28.

³³(1969), 8 *International Legal Materials* 679.

est devenue une règle du droit international coutumier ou général.³⁴ En tant que telle, elle fait partie des "règles coutumières d'interprétation du droit international public" que l'Organe d'appel a pour instruction, en vertu de l'article 3 2) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, d'appliquer lorsqu'il s'emploie à clarifier les dispositions de l'*Accord général* et des autres "accords visés" de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*³⁵ (l'*Accord sur l'OMC*). Cette instruction est dans une certaine mesure la reconnaissance du fait qu'il ne faut pas lire l'*Accord général* en l'isolant cliniquement du droit international public.

Appliquant le principe d'interprétation fondamental selon lequel les termes d'un traité, comme l'*Accord général*, doivent être interprétés suivant leur sens ordinaire, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but dudit traité, l'Organe d'appel relève que le rapport du Groupe spécial n'a pas tenu compte de manière adéquate des termes effectivement utilisés dans les différents paragraphes de l'article XX. En énumérant les diverses catégories d'actes gouvernementaux, lois ou réglementations que les Membres de l'OMC peuvent appliquer ou promulguer au titre de différentes politiques ou différents intérêts des Etats légitimes en dehors du domaine de la libéralisation des échanges, l'article XX utilise différents termes en ce qui concerne les différentes catégories:

"nécessaires" - aux paragraphes a), b) et d); "essentielles" - au paragraphe j);
"se rapportant à" - aux paragraphes c), e) et g); "pour la protection de" - au paragraphe f);
"en exécution de" - au paragraphe h); et "comportant" - au paragraphe i).

Il ne semble pas raisonnable de supposer que les Membres de l'OMC entendaient exiger, en ce qui concerne chaque catégorie, le même type ou degré de lien ou relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'Etat que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser.

En même temps, l'article XX g) et le membre de phrase "se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables" doivent être lus dans leur contexte et de manière à donner effet aux objets et aux buts de l'*Accord général*. Le contexte de l'article XX g) comprend les dispositions du

³⁴Voir par exemple, *Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, (1994), Recueil de la C.I.J. page 6 (Cour internationale de justice); *Golder v. United Kingdom*, ECHR, Series A (1995), n° 18 (Cour européenne des droits de l'homme); *Restrictions to the Death Penalty Cases*, (1986) 70 International Laws Reports 449 (Cour interaméricaine des droits de l'homme); Jiménez de Aréchaga, "International Law in the Past Third of a Century" (1978-1) 159 Recueil des Cours 1, page 42; D. Carreau, Droit international (3ème éd., 1991) page 140; Oppenheim's International Law (9ème éd., publié sous la direction de Jennings et Watts, 1992) Vol. 1, pages 1271-1275.

³⁵Fait à Marrakech (Maroc) le 15 avril 1994.

reste de l'*Accord général*, y compris en particulier les articles I, III et XI; réciproquement, le contexte des articles I, III et XI comprend l'article XX. Par conséquent, le membre de phrase "se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables" ne peut pas être interprété dans un sens tellement large que cela bouleverserait sérieusement l'objet et le but de l'article III:4. On ne peut pas non plus donner à l'article III:4 une portée tellement étendue que cela viderait en fait de leur sens l'article XX g) et les politiques et intérêts qu'il incarne. Un interprète des traités ne peut donner un sens, dans le cadre de l'*Accord général* et de son objet et de son but, à la relation entre les engagements positifs énoncés par exemple aux articles I, III et XI et les politiques et intérêts incarnés dans les "Exceptions générales" énumérées à l'article XX que cas par cas, en examinant minutieusement le contexte factuel et juridique d'un différend donné, sans faire abstraction des termes effectivement utilisés par les Membres de l'OMC eux-mêmes pour exprimer leur intention et leur but.

Le rapport de 1987 sur les *harengs et saumons*, et le rapport du Groupe spécial dont il est question ici, ont dans une certaine mesure reconnu les considérations de principe qui précèdent. Comme nous l'avons déjà indiqué, le Groupe spécial a cité dans son rapport l'extrait suivant du rapport sur les *harengs et saumons*:

Comme l'indique le préambule de l'article XX, l'inclusion de l'article XX g) dans l'Accord général n'avait pas pour objet d'élargir la portée de l'article à des mesures prises à des fins de politique commerciale, mais simplement *d'assurer que les engagements pris au titre de l'Accord général n'empêchent pas l'application de politiques visant à la conservation de ressources naturelles épuisables.*³⁶ (italiques ajoutés)

Tous les participants et les participants tiers au présent appel admettent la justesse et l'applicabilité de l'opinion exprimée dans le rapport sur les *harengs et saumons* et le rapport du Groupe spécial, selon laquelle une mesure doit "viser principalement à" la conservation de ressources naturelles épuisables pour relever du champ d'application de l'article XX g).³⁷ Par conséquent, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner ce point plus avant, sauf, peut-être, pour noter que l'expression "vise principalement à" ne fait pas partie elle-même du texte d'un traité et n'a pas été conçue comme un simple critère d'inclusion ou d'exclusion pour ce qui est de l'article XX g).

³⁶Canada - Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés, IBDD, S35/106, paragraphe 4.6; adopté le 22 mars 1988 et cité dans le rapport du Groupe spécial au paragraphe 6.39.

³⁷Nous notons que la même interprétation a été appliquée dans deux rapports de groupes spéciaux récents qui n'ont pas été adoptés: *Etats-Unis - Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R (1994); *Etats-Unis - Taxes sur les automobiles*, DS31/R (1994).

Compte tenu de ce qui précède, nous passons maintenant à la question spécifique de savoir si les règles d'établissement des niveaux de base sont considérées à bon escient comme "visant principalement à" la conservation de ressources naturelles aux fins de l'article XX g). Nous estimons qu'il convient de répondre par l'affirmative à cette question.

Il faut établir une relation entre les règles d'établissement des niveaux de base, considérées dans leur ensemble (c'est-à-dire les dispositions relatives à l'établissement des niveaux de base pour les raffineurs nationaux, ainsi que les dispositions relatives aux niveaux de base pour les mélangeurs et les importateurs d'essence), et les prescriptions de "non-dégradation" énoncées dans une autre partie de la Réglementation sur l'essence. Il est difficile de comprendre ces dispositions si on les examine isolément, en les séparant totalement des autres articles de la Réglementation sur l'essence qui constituent assurément une partie du contexte desdites dispositions. Les règles d'établissement des niveaux de base, qu'elles soient individuelles ou réglementaires, ont été conçues pour permettre d'examiner et de vérifier dans quelle mesure les raffineurs, importateurs et mélangeurs respectent les prescriptions de "non-dégradation". Si l'on ne fixait pas de niveaux de base d'une manière ou d'une autre, cet examen ne serait pas possible et l'objectif de la Réglementation sur l'essence, qui est de stabiliser le niveau de pollution de l'air et d'empêcher une nouvelle détérioration par rapport à 1990, serait fortement compromis. La relation entre les règles d'établissement des niveaux de base et les prescriptions de "non-dégradation" de la Réglementation sur l'essence n'est pas niée par l'incompatibilité des règles d'établissement des niveaux de base avec les dispositions de l'article III:4 qu'a constatée le Groupe spécial. Nous estimons que, étant donné cette relation substantielle, les règles d'établissement des niveaux de base ne peuvent pas être considérées comme ne visant qu'incidemment ou qu'accidentellement à la conservation de l'air pur aux Etats-Unis aux fins de l'article XX g).

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

Le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire de se pencher sur la question de savoir si les règles d'établissement des niveaux de base "sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales", car il avait conclu antérieurement que ces règles n'avaient même pas satisfait à la prescription précédente exigeant que ce soient des règles "se rapportant à" au sens de "visant principalement à" la conservation de l'air pur. N'ayant pas pu souscrire à cette conclusion antérieure du Groupe spécial, nous devons maintenant examiner cette seconde prescription de l'article XX g), les Etats-Unis ayant, en effet, fait appel de la décision du Groupe spécial de ne pas

poursuivre son examen de la possibilité de se prévaloir de l'article XX g) pour justifier les règles d'établissement des niveaux de base.

Les Etats-Unis allèguent que la deuxième clause de l'article XX g) exige que les contraintes liées à la réglementation du niveau de polluants émis dans l'air lors de la combustion de l'essence ne soient pas imposées uniquement sur, ou en ce qui concerne, l'essence importée.

Pour leur part, le Venezuela et le Brésil se réfèrent à des rapports de groupes spéciaux antérieurs où il est déclaré que, pour être considérée comme "appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales", une mesure doit "viser principalement à" donner effet à certaines restrictions à la production ou à la consommation nationales.³⁸ Le Venezuela et le Brésil font valoir en outre que les Etats-Unis n'ont pas démontré l'existence de restrictions à la production ou à la consommation nationales d'une ressource naturelle imposées par la Réglementation sur l'essence, car l'air pur n'est pas une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g). Le Venezuela affirme enfin que les Etats-Unis ne se sont pas acquittés de l'obligation qui leur incombe de démontrer que les règles d'établissement des niveaux de base "donnent effet" au système réglementaire des Etats-Unis. Le Venezuela allègue en effet que, pour que les règles d'établissement des niveaux de base puissent être considérées à juste titre comme "visant principalement à" la conservation de ressources naturelles, il faut non seulement qu'elles "reflètent un objectif de conservation" mais aussi qu'il soit démontré qu'elles ont eu "un certain effet de conservation positif".³⁹

L'Organe d'appel considère que la règle fondamentale du droit international concernant l'interprétation des traités, dont il est question plus haut, selon laquelle il faut donner aux termes d'un traité leur sens ordinaire, dans leur contexte, de manière à respecter l'objet et le but du traité, est applicable ici également. Vu sous cet angle, le sens ordinaire ou naturel du terme "appliquée" lorsqu'il est utilisé en relation avec une mesure - acte gouvernemental ou réglementation - peut être considéré comme indiquant que ladite mesure est "en application", est "en vigueur", ou a "pris effet".⁴⁰ De même, on peut tout simplement interpréter l'expression "conjointement avec" comme signifiant "de concert

³⁸Canada - Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés, IBDD, S35/106, paragraphes 4.6 et 4.7, adopté le 22 mars 1988. Et aussi *Etats-Unis - Restrictions à l'importation de thon*, DS29/R (1994), non adopté; et *Etats-Unis - Taxes sur les automobiles*, DS31/R (1994), non adopté.

³⁹Communication du Venezuela en tant qu'intimé, datée du 18 mars 1996; déclaration du Venezuela à l'audience, en date du 27 mars 1996.

⁴⁰*The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (L. Brown, ed., 1993), Volume I, page 786.

avec" ou "concurrentement avec".⁴¹ Dans l'ensemble, la deuxième clause de l'article XX g) se réfère, selon nous, à des mesures gouvernementales, comme les règles d'établissement des niveaux de base, qui sont promulguées ou mises en application de concert avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales de ressources naturelles. En des termes légèrement différents, nous estimons qu'il convient d'interpréter la clause "si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales" comme étant une prescription exigeant que les mesures concernées imposent des restrictions non seulement en ce qui concerne l'essence importée mais aussi en ce qui concerne l'essence nationale. Cette clause établit une obligation d'*impartialité* dans l'imposition de restrictions, au nom de la conservation, à la production ou à la consommation de ressources naturelles épuisables.

Il n'existe évidemment aucun texte sur lequel se fonder pour exiger que les produits nationaux et les produits importés soient soumis à un traitement identique. En effet, lorsqu'il y a une identité de traitement - c'est-à-dire une égalité de traitement réelle et pas seulement formelle - on voit mal, d'abord, comment il pourrait y avoir incompatibilité avec l'article III:4. D'un autre côté, si *aucune* restriction n'est imposée sur les produits similaires d'origine nationale et que toutes les limitations frappent les produits importés *uniquement*, on ne peut admettre que la mesure est destinée principalement ou même de manière substantielle à la réalisation d'objectifs de conservation.⁴² Il s'agirait simplement d'une discrimination manifeste destinée à protéger les produits d'origine locale.

Dans le présent appel, les règles d'établissement des niveaux de base affectent à la fois l'essence nationale et l'essence importée, en prévoyant - d'une manière générale - des niveaux de base individuels pour les raffineurs et mélangeurs nationaux et des niveaux de base réglementaires pour les importateurs. Ainsi, les restrictions limitant la consommation ou l'épuisement de l'air pur en réglementant la production nationale d'essence polluante sont établies concurrentement avec des restrictions correspondantes en ce qui concerne l'essence importée. Le fait qu'il a été déterminé que l'essence importée a été soumise

⁴¹*Id.*, page 481.

⁴²L'affaire des *harengs et saumons*, qui concernait, entre autres choses, une prohibition des exportations de harengs et de saumons non préparés imposée par le Canada, donne des indications à cet égard. Cette prohibition consistait en fait à interdire l'achat de certains poissons non préparés par les transformateurs et consommateurs étrangers sans imposer d'interdiction correspondante concernant l'achat de poissons non préparés par les transformateurs et consommateurs nationaux. Les prohibitions étaient apparemment destinées à protéger les transformateurs nationaux en leur donnant un accès exclusif au poisson frais tout en refusant l'accès à cette matière première pour les transformateurs étrangers. Le Groupe spécial a conclu que ces prohibitions à l'exportation n'étaient pas justifiées par l'article XX g). IBDD, S35/106, paragraphe 5.1, adopté le 22 mars 1988. Voir aussi le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Etats-Unis - Interdiction des importations de thon et de produits du thon en provenance du Canada*, IBDD, S29/96, paragraphes 4.10 à 4.12, adopté le 22 février 1982.

à un "traitement moins favorable" que l'essence nationale au sens de l'article III:4 n'est pas pertinent aux fins de l'analyse dans le cadre de l'article XX g). On pourrait aussi noter que la conjonction disjonctive est utilisée dans la deuxième clause de l'article XX g) pour mentionner "la production *ou* la consommation nationales".

Enfin, nous ne pensons pas que la clause "si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales" ait été destinée à établir un "critère fondé sur les effets" empirique pour déterminer s'il est possible de se prévaloir de l'exception énoncée à l'article XX g). Premièrement, le problème de l'établissement du lien de causalité, bien connu en droit national et en droit international, est toujours difficile. Deuxièmement, dans le domaine de la conservation des ressources naturelles épuisables, il peut s'écouler beaucoup de temps, peut-être des années, avant que l'on puisse observer les effets attribuables à la mise en oeuvre d'une mesure donnée. Il n'est pas raisonnable de faire dépendre la qualification juridique d'une mesure de ce type de la survenance d'événements ultérieurs. Nous ne laissons pas entendre, toutefois, que l'examen des effets prévisibles d'une mesure n'est jamais pertinent. Dans un cas concret, s'il devenait évident que, d'un point de vue réaliste, une mesure spécifique ne peut pas, dans aucune situation possible, avoir un effet positif sur la réalisation d'objectifs de conservation, ce serait très probablement avant toute chose parce que ladite mesure n'a pas été conçue comme une réglementation en matière de conservation. En d'autres termes, elle n'aurait pas du tout "visé principalement à" la conservation de ressources naturelles.

IV. Les dispositions introductives de l'article XX de l'Accord général: application du texte introductif des exceptions générales

Ayant conclu, dans la section précédente, que les règles d'établissement des niveaux de base prévues dans la Réglementation sur l'essence entrent dans le cadre de l'article XX g), nous en venons à la question de savoir si ces règles répondent aussi aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Pour que la protection conférée par l'article XX puisse s'appliquer à elle afin de la justifier, la mesure en cause ne doit pas seulement relever de l'une ou l'autre des exceptions particulières - paragraphes a) à j) - énumérées à l'article XX; elle doit aussi satisfaire aux prescriptions établies dans les clauses introductives de l'article XX. En d'autres termes, l'analyse est double: premièrement, justification provisoire de la mesure au motif qu'elle relève de l'article XX g); deuxièmement, nouvelle évaluation de la même mesure au regard des clauses introductives de l'article XX.

Le texte introductif s'applique expressément non pas tant à la mesure en cause ou à sa teneur spécifique proprement dite, mais plutôt à la manière dont la mesure est appliquée.⁴³ Il importe donc de souligner que le but et l'objet des clauses introductives de l'article XX est généralement de prévenir "l'abus des exceptions énumérées à [la disposition qui est ensuite devenue] l'article ... [XX]".⁴⁴ Cet éclairage fourni par l'historique de la rédaction de l'article XX est précieux. Le texte introductif repose sur le principe que, si les exceptions prévues à l'article XX peuvent être invoquées en tant que droit légal, le détenteur du droit ne doit pas les appliquer de façon à aller à l'encontre ou à faire fi des obligations légales résultant pour lui des règles de fond de l'*Accord général*. En d'autres termes, pour éviter tout abus ou toute mauvaise utilisation de ces exceptions, les mesures relevant des exceptions particulières doivent être appliquées de manière raisonnable, compte dûment tenu à la fois des obligations légales de la partie qui invoque l'exception et des droits légaux des autres parties intéressées.

Il incombe à la partie qui invoque l'exception de démontrer qu'une mesure provisoirement justifiée du fait qu'elle entre dans le cadre de l'une des exceptions énoncées dans les différents paragraphes de l'article XX ne constitue pas, dans son application, un abus de cette exception au regard du texte introductif. C'est là nécessairement une tâche plus lourde que celle qui consistait à montrer qu'une exception, par exemple celle de l'article XX g), est applicable à la mesure en cause.

L'application de l'article XX serait manifestement une entreprise de peu d'utilité si elle ne consistait qu'à appliquer le critère utilisé pour constater que les règles d'établissement des niveaux de base étaient incompatibles avec l'article III:4. Il en serait de même si la constatation portait sur une incompatibilité avec une autre règle de fond de l'*Accord général*. Les dispositions du texte introductif ne peuvent pas, logiquement, se référer aux mêmes critères que ceux qui ont été utilisés pour déterminer qu'il y a eu violation d'une règle de fond. S'engager sur cette voie reviendrait à la fois à vider le texte introductif de son sens et à enlever toute signification aux exceptions énoncées aux paragraphes a) à j). Cette approche conduirait aussi à faire une confusion entre la question de savoir s'il existait une incompatibilité avec une règle de fond et l'autre question, distincte, soulevée au titre du texte introductif de l'article XX, qui était de savoir si cette incompatibilité était néanmoins justifiée. L'un des corollaires

⁴³Cela a été noté dans le rapport du Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *Etats-Unis - Importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles*, IBDD, S30/111, paragraphe 56; adopté le 26 mai 1983.

⁴⁴EPCT/C.II/50, page 6; cité dans l'*Index analytique: Guide des règles et pratiques du GATT*, Volume I, page 610 (1995).

de la "règle générale d'interprétation" de la *Convention de Vienne* est que l'interprétation doit donner sens et effet à tous les termes d'un traité. Un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité.⁴⁵

Le texte introductif, ainsi qu'on le verra, interdit l'application d'une mesure en cause (relevant par ailleurs de l'article XX g)) qui constituerait

- a) une "discrimination arbitraire" (entre les pays où les mêmes conditions existent);
- b) une "discrimination injustifiable" (dans les mêmes circonstances que ci-dessus); ou
- c) une "restriction déguisée" au commerce international.

Le texte introductif n'est pas sans ambiguïté, entre autres en ce qui concerne le champ d'application des critères qu'il contient: critères de la discrimination arbitraire ou injustifiable et critère de la restriction déguisée au commerce international. On peut se demander si ces critères n'ont pas des champs d'application différents. Cette question a été posée aux Etats-Unis au cours de l'audience. Il leur a été demandé si les mots figurant dans les deux premiers critères, "entre les pays où les mêmes conditions existent", renvoyaient aux conditions qui existaient dans les pays importateurs et exportateurs, ou seulement aux conditions qui existaient dans les pays exportateurs. Les Etats-Unis ont répondu que, pour eux, cette expression désignait à la fois les conditions dans les pays exportateurs et les pays importateurs et les conditions entre les pays exportateurs. Ils ont aussi déclaré que le libellé était suffisamment explicite, mais qu'il n'était pas fait référence aux tierces parties; si certains pensaient qu'il s'agissait seulement des conditions entre pays exportateurs *inter se*, rien dans le texte ne permettait d'appuyer cette opinion. Aucune question de ce genre n'a été posée aux Etats-Unis en ce qui concerne le champ d'application du troisième critère - la restriction déguisée au commerce international. Cependant, les Etats-Unis ont avancé des arguments visant à montrer qu'en l'espèce, ils avaient satisfait à tous les critères énoncés dans le texte introductif. Ils sont ainsi manifestement partis de l'hypothèse que, quels que soient les éléments auxquels ils pouvaient renvoyer dans une autre affaire, ces critères étaient pertinents dans une affaire concernant le traitement national où le Groupe spécial avait constaté une violation de l'article III:4. A aucun moment de l'appel cette hypothèse n'a été contestée par le

⁴⁵Voir par exemple affaire du *détroit de Corfou* (1949), *Recueil de la C.I.J.*, page 24 (Cour internationale de justice); affaire du différend territorial (Jamahiryra arabe libyenne/Tchad) (1994), *Recueil de la C.I.J.*, page 23 (Cour internationale de justice); *Annuaire de la Commission du droit international* 1966, Volume II, page 239; *Oppenheim's International Law* (neuvième édition, publié sous la direction de Jennings et Watts, 1992), Volume I, pages 1280 et 1281; P. Dalliér et A. Pellet, *Droit international public*, cinquième édition (1994), paragraphe 17.2; D. Carreau, *Droit international* (1994), paragraphe 369.

Venezuela ou par le Brésil. Le Venezuela a fait valoir que les Etats-Unis n'avaient pas satisfait à tous les critères énoncés dans le texte introductif. La Norvège et les Communautés européennes, en tant que participants tiers, ont fait de même. En résumé, le champ d'application de ces critères n'a pas été en cause.

L'hypothèse sur laquelle tous les participants se sont fondés est étayée par le fait qu'aux termes du texte introductif, "*rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures ...*". Les exceptions énumérées à l'article XX se rapportent donc à toutes les obligations découlant de l'*Accord général*: l'obligation du traitement national et l'obligation du traitement de la nation la plus favorisée, naturellement, mais aussi les autres. Il est plus facile de donner effet aux termes "rien dans le présent Accord" et d'intégrer l'article XX dans son ensemble, texte introductif compris, dans le reste de l'*Accord général*, si l'on considère que le texte introductif signifie que les critères qui y sont énoncés sont applicables à la totalité des situations dans lesquelles il a été allégué qu'une obligation de fond n'a pas été respectée et l'une des exceptions prévues à l'article XX a été invoquée.

Dans ces conditions, il ne nous semble pas nécessaire de nous prononcer sur la question du champ d'application des critères énoncés dans le texte introductif ni de prendre une décision contraire à l'interprétation commune des participants.⁴⁶

⁴⁶Nous notons à cet égard que deux précédents groupes spéciaux ont eu l'occasion d'appliquer le texte introductif. Dans l'affaire *Etats-Unis - Importations de certains assemblages de ressorts pour automobiles*, IBDD, S30/111 (rapport adopté le 26 mai 1983), le Groupe spécial avait à examiner une interdiction d'importer et un arrêté d'interdiction pris par la Commission du commerce international des Etats-Unis, visant certains assemblages de ressorts pour automobiles qui, d'après les constatations de la Commission au titre de l'article 337 de la Loi tarifaire de 1930, avaient été produits en contrefaçon d'un brevet valide des Etats-Unis. Le Groupe spécial a estimé que l'arrêté d'interdiction n'avait *pas* été appliqué de façon à constituer un moyen de "discrimination arbitraire ou injustifiée entre les pays où les mêmes conditions existent", étant donné qu'il était dirigé contre l'importation des assemblages de contrefaçon "en provenance de tout pays étranger, et pas seulement du Canada". En même temps, le Groupe spécial a constaté, après examen, que l'arrêté ne constituait *pas* "une restriction déguisée au commerce international". Idem, paragraphes 54 à 56. Voir aussi *Etats-Unis - Interdiction des importations de thon et de produits du thon en provenance du Canada*, IBDD, S29/96, paragraphe 4.8; rapport adopté le 22 février 1982.

On peut observer que le mot "pays" dans le texte introductif n'est pas qualifié; il n'est pas précisé "pays étranger" comme c'est le cas à l'article 4 de la *Convention internationale pour l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation* de la Société des Nations, 97 L.N.T.S. 392. Il n'est pas non plus question dans le texte introductif de "pays tiers", comme c'est le cas par exemple dans les accords commerciaux bilatéraux négociés par les Etats-Unis dans le cadre de la *Loi de 1934 sur les accords commerciaux réciproques*; par exemple l'*Accord commercial entre les Etats-Unis d'Amérique et le Canada* du 15 novembre 1935, 168 L.N.T.S. 357 (1936). Ces anciens traités sont mentionnés ici, non en tant qu'éléments des travaux préparatoires de l'*Accord général*, mais simplement pour montrer comment, dans des traités comparables, une intention particulière a été exprimée par des mots qui ne figurent pas dans le texte de l'*Accord général*.

Les expressions "discrimination arbitraire", "discrimination injustifiable" et "restriction déguisée" au commerce international peuvent donc se lire parallèlement; chacune influe sur le sens des autres. Il est clair pour nous que la "restriction déguisée" comprend la *discrimination* déguisée dans le commerce international. Il est également clair qu'une restriction ou une discrimination *cachée* ou *non annoncée* dans le commerce international n'épuise *pas* le sens de l'expression "restriction déguisée". Nous estimons que la "restriction déguisée", quels que soient les autres éléments qu'elle comprend, peut être interprétée correctement comme englobant les restrictions qui équivalent à une discrimination arbitraire ou injustifiable dans le commerce international et prennent l'apparence d'une mesure répondant dans sa forme aux conditions prescrites dans l'une des exceptions énumérées à l'article XX. Autrement dit, les types de considérations pertinentes pour se prononcer sur la question de savoir si l'application d'une mesure particulière équivaut à une "discrimination arbitraire ou injustifiable" peuvent aussi être prises en compte pour déterminer la présence d'une "restriction déguisée" au commerce international. L'élément fondamental se trouve dans le but et l'objet, qui sont d'éviter l'abus ou l'utilisation illégitime des exceptions aux règles de fond prévues à l'article XX.

Plusieurs possibilités s'offraient aux Etats-Unis lorsqu'ils ont adopté une réglementation pour donner effet à la CAA. Ils auraient pu par exemple imposer des niveaux de base réglementaires sans faire de distinction entre l'essence nationale et l'essence importée. Cette approche, correctement mise en oeuvre, aurait pu éviter toute discrimination. Les Etats-Unis auraient aussi pu permettre aux raffineurs étrangers, comme aux raffineurs nationaux, d'avoir des niveaux de base individuels. Ils ont donné toute une série de raisons expliquant pourquoi il n'aurait pas été réaliste, selon eux, de recourir à l'une de ces possibilités et pourquoi ils avaient dû au lieu de cela concevoir et appliquer les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Réglementation sur l'essence.

En expliquant pourquoi ils n'avaient pas établi de niveaux de base individuels pour les raffineurs étrangers, les Etats-Unis ont beaucoup insisté sur les difficultés que l'EPA aurait rencontrées. Ces difficultés avaient trait aux problèmes administratifs prévisibles que des niveaux de base individuels pour les raffineurs étrangers auraient créés. Cet argument a été présenté de façon succincte par les Etats-Unis dans les termes suivants:

La vérification à l'étranger des niveaux de base étrangers, et les mesures d'exécution ultérieures, présentent des difficultés considérables liées aux problèmes qui se posent à chaque fois qu'un pays exerce un pouvoir d'exécution sur des personnes étrangères. En outre, même si des niveaux de base individuels étaient établis pour plusieurs raffineurs étrangers, l'importateur serait tenté de déclarer la raffinerie d'origine qui lui assurerait les plus grands avantages pour ce qui est des restrictions liées aux niveaux de base, et il serait très difficile de déterminer la raffinerie d'origine étant donné que l'essence est un produit fongible. Les Etats-Unis ne devraient pas

avoir à prouver qu'ils ne peuvent pas dans chaque cas vérifier l'information et faire respecter leur réglementation pour montrer que les conditions d'exécution ne sont pas les mêmes aux Etats-Unis et dans les autres pays ... L'impossibilité pratique de vérifier et de faire respecter les niveaux de base des raffineurs étrangers, dans ce cas, montre que la "discrimination" ne repose pas sur des préoccupations arbitraires ou injustifiables, mais sur des préoccupations sérieuses, résultant du fait que les conditions d'exécution des lois américaines sont différentes aux Etats-Unis et à l'étranger.⁴⁷

Ainsi, selon les Etats-Unis, l'essence importée devait satisfaire à la prescription plus rigoureuse du niveau de base réglementaire en raison de ces difficultés de vérification et d'exécution. Les Etats-Unis ont déclaré que la vérification et l'exécution des prescriptions établies dans la Réglementation sur l'essence pour l'essence importée étaient "beaucoup plus faciles quand le niveau de base réglementaire était utilisé" et qu'il y aurait une "énorme différence", sur le plan du travail d'administration des prescriptions pour l'essence importée, si les niveaux de base individuels étaient autorisés.⁴⁸

Si les difficultés prévues en ce qui concerne la vérification et l'exécution ultérieure avaient sans aucun doute une certaine réalité, le Groupe spécial les a jugées insuffisantes pour justifier que les raffineurs étrangers ne puissent pas utiliser les niveaux de base individuels autorisés pour les raffineurs nationaux. Le Groupe spécial a déclaré ce qui suit:

Si le Groupe spécial reconnaissait qu'il serait nécessaire, selon ce système, de déterminer l'origine de l'essence, il ne pouvait conclure que les Etats-Unis avaient montré qu'il serait impossible d'y parvenir par le biais d'autres mesures dont ils disposaient raisonnablement et qui étaient compatibles ou moins incompatibles avec l'Accord général. En fait, le Groupe spécial a noté qu'une détermination de l'origine serait souvent possible. Il a examiné, par exemple, le cas d'une expédition directe vers les Etats-Unis. Il a estimé qu'il n'y avait aucune raison de penser que, compte tenu des mesures habituellement disponibles dans le commerce international pour déterminer l'origine et le cheminement des marchandises (notamment examen des pièces justificatives et vérification auprès de parties tierces), il existait une quelconque difficulté particulière qui suffisait à justifier les exigences des méthodes d'établissement des niveaux de base appliquées par les Etats-Unis.⁴⁹

...

De l'avis du Groupe spécial, les Etats-Unis avaient pu raisonnablement disposer de données et de mesures, à des fins de vérification et d'évaluation, qui étaient compatibles, ou moins incompatibles avec l'article III:4. Par exemple, bien que les données étrangères ne puissent

⁴⁷Paragraphe 55 de la communication de l'appelant, datée du 4 mars 1996. Les Etats-Unis ont en fait insisté sur le même point quand, aux pages 11 et 12 de leur mémoire postérieur à l'audience, ils ont fait valoir que les conditions n'étaient pas les mêmes aux Etats-Unis, d'une part, et au Venezuela et au Brésil, d'autre part.

⁴⁸Réponses supplémentaires des Etats-Unis à certaines questions de l'Organe d'appel, datées du 1er avril 1996.

⁴⁹Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.26.

peut-être pas être véritablement contrôlées dans leur totalité par les autorités des Etats-Unis, cela ne revenait pas à établir que ces données ne pourraient en aucune circonstance être suffisamment fiables pour répondre aux besoins des Etats-Unis. Or c'était là, en pratique, l'effet de l'application de la Réglementation sur l'essence. Pour le Groupe spécial, les Etats-Unis n'avaient pas démontré que les données que pouvaient fournir les raffineurs étrangers étaient, de façon inhérente, moins adaptées aux techniques courantes de vérification, d'évaluation et de contrôle que les données concernant d'autres courants d'échanges de marchandises assujettis à une réglementation des Etats-Unis. La nature des données dans ce cas était semblable à celle des données sur lesquelles les Etats-Unis s'appuyaient dans d'autres contextes, notamment, par exemple, pour l'application des lois antidumping. Dans une affaire antidumping, ce n'était qu'au cas où des renseignements n'avaient pas été fournis ou étaient jugés invérifiables que les Etats-Unis faisaient appel à d'autres renseignements. Si une pratique similaire devait être appliquée dans le cadre de la Réglementation sur l'essence, les importateurs pourraient alors, par exemple, être autorisés à utiliser les niveaux de base individuels des raffineurs étrangers pour l'essence importée fournie par ces raffineurs; les niveaux de base réglementaires ne seraient appliqués que s'il était impossible de déterminer la source de l'essence importée ou d'établir un niveau de base faute de données.⁵⁰

Nous approuvons cette constatation faite dans le rapport du Groupe spécial. Il existe, comme le Groupe spécial l'a constaté, des techniques courantes de vérification, d'évaluation, de contrôle et d'application des données relatives aux marchandises importées; ces techniques sont dans de nombreuses circonstances jugées adéquates pour permettre la poursuite et l'accroissement du commerce international - commerce entre entités territoriales souveraines. Les Etats-Unis n'avaient pu ignorer que, pour que ces techniques et procédures courantes fonctionnent, il aurait été nécessaire et approprié de conclure des arrangements de coopération avec les raffineurs étrangers et les gouvernements étrangers intéressés. Lors de l'audience, répondant à la question de savoir si l'EPA aurait pu adapter, afin d'établir des niveaux de base individuels pour les raffineurs étrangers, les procédures de vérification de l'information définies dans les lois antidumping américaines, les Etats-Unis ont déclaré que "faute de coopération de la part des raffineries et peut-être aussi des gouvernements étrangers", il était peu probable que les inspecteurs de l'EPA puissent procéder aux examens sur place nécessaires pour déterminer ne serait-ce que la qualité globale de l'essence produite en 1990 par les raffineries.⁵¹ Il ressort nettement de cette déclaration, de l'avis de l'Organe d'appel, que les Etats-Unis n'ont pas étudié la possibilité de conclure des arrangements de coopération avec les gouvernements vénézuélien et brésilien ou, que, s'ils l'ont fait, ils ne sont pas allés jusqu'à rencontrer les gouvernements qui n'étaient pas disposés à coopérer. Le dossier concernant cette affaire contient les justifications détaillées présentées par les Etats-Unis. Toutefois, il n'indique pas quels efforts ont fait les Etats-Unis, s'ils en ont faits, pour adopter des procédures appropriées en coopération avec les gouvernements vénézuélien et brésilien afin d'atténuer

⁵⁰Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.28.

⁵¹Réponses supplémentaires des Etats-Unis à certaines questions de l'Organe d'appel, datées du 1er avril 1996.

les problèmes administratifs qu'ils ont évoqués.⁵² Le fait que le Congrès des Etats-Unis aurait pu intervenir dans ce processus, comme il l'a fait par la suite, en refusant d'accorder un financement, n'est pas pertinent: les Etats-Unis assument naturellement la responsabilité des actions du pouvoir exécutif comme du pouvoir législatif.

Dans leurs communications, les Etats-Unis ont aussi expliqué pourquoi les raffineurs nationaux n'avaient pas, eux aussi, été tenus d'appliquer le niveau de base réglementaire. Ils ont souligné à cet égard les problèmes que les raffineries nationales auraient rencontrés si elles avaient été contraintes de respecter le niveau de base réglementaire. L'argument des Etats-Unis est résumé de la façon suivante dans le rapport du Groupe spécial:

[Les Etats-Unis] concluait que, contrairement à ce qu'affirmaient le Venezuela et le Brésil, l'article XX n'exigeait pas que le niveau de base réglementaire soit adopté en tant que norme nationale même si les difficultés associées à l'établissement de niveaux de base individuels pour les importateurs étaient insurmontables. *Il aurait été impossible d'un point de vue pratique et financier d'appliquer le niveau de base réglementaire aux producteurs nationaux d'essence nouvelle et ancienne formules en 1995 en raison de l'ampleur des transformations qui auraient été nécessaires dans la quasi-totalité des raffineries américaines; le programme aurait donc été considérablement retardé.* Evaluer d'un point de vue économique ou technique les possibilités d'action pour atteindre un objectif écologique était une démarche légitime et cela ne s'apparentait pas à du protectionnisme, comme le prétendaient le Venezuela et le Brésil. L'article XX n'exigeait pas qu'un gouvernement choisisse la méthode de réglementation environnementale la plus coûteuse.⁵³ (italiques ajoutés)

Il est clair que les Etats-Unis ont estimé qu'il n'était pas possible de contraindre les raffineurs nationaux à assumer les coûts et les charges, sur le plan matériel et financier, qu'aurait entraînés une

⁵²S'il n'appartient pas à l'Organe d'appel de spéculer sur les limites de la coopération internationale effective, on peut faire référence à un certain nombre de précédents que les Etats-Unis (et d'autres pays) ont jugé prudent d'utiliser pour aider à surmonter les problèmes rencontrés par les organismes chargés de faire exécuter la loi, résultant du fait que la législation pertinente et le pouvoir d'exécution de l'organisme en question sont sans effet au-delà des frontières nationales. Au cours de l'audience, il a été souligné qu'outre la législation antidumping à laquelle le Groupe spécial a fait référence dans le passage cité ci-dessus, il existait aux Etats-Unis d'autres textes réglementaires de ce type, par exemple dans le domaine du droit antitrust, du droit applicable aux bourses des valeurs et du droit fiscal. Le gouvernement des Etats-Unis et d'autres gouvernements ont conclu des accords de coopération pour faciliter l'exécution des textes réglementaires de ce type et pour obtenir des données de l'étranger. Il existe de tels accords, entre autres, dans le domaine de la réglementation antitrust et le domaine fiscal. On peut aussi citer, dans le cadre de l'OMC, l'*Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI du GATT de 1994* (l'*"Accord antidumping"*), l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (l'*"Accord SMC"*) et l'*Accord sur l'inspection avant expédition*, qui attestent tous la fréquence et l'importance de la coopération internationale de ce type.

⁵³Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.52.

application immédiate du niveau de base réglementaire. Ils ont voulu donner à leurs raffineurs le temps de restructurer leurs opérations et de procéder aux ajustements nécessaires pour respecter les prescriptions de la Réglementation sur l'essence. Cela a très bien pu constituer une politique intérieure rationnelle du point de vue de l'EPA et des raffineurs des Etats-Unis. En même temps, il faut bien noter que, si les Etats-Unis ont pris en considération les coûts qu'entraînerait l'application du niveau de base réglementaire pour les raffineurs nationaux, rien dans le dossier n'indique qu'ils aient tenu le moindre compte de ce type de considération dans le cas des raffineurs étrangers.

Nous avons décelé ci-dessus deux omissions de la part des Etats-Unis: ils ont omis d'étudier de façon adéquate les moyens, y compris en particulier la coopération avec les gouvernements vénézuélien et brésilien, d'atténuer les problèmes administratifs avancés par les Etats-Unis pour justifier leur refus des niveaux de base individuels pour les raffineurs étrangers; et ils ont omis de tenir compte des coûts entraînés par les niveaux de base réglementaires pour les raffineurs étrangers. Selon nous, ces deux omissions vont bien au-delà de ce qui était nécessaire au Groupe spécial pour déterminer qu'il y avait eu en premier lieu violation de l'article III:4. La discrimination qui en a résulté devait avoir été prévue, et n'était pas purement accidentelle ou inévitable. Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que les règles d'établissement des niveaux de base que contient la Réglementation sur l'essence, dans leur application, constituent une "discrimination injustifiable" et une "restriction déguisée au commerce international". Nous considérons, en résumé, que les règles d'établissement des niveaux de base, même si elles entrent dans le cadre de l'article XX g), ne peuvent pas bénéficier de la protection, qui les justifierait, conférée par l'article XX dans son ensemble.

V. CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS

Pour les raisons exposées dans les sections précédentes du présent rapport, l'Organe d'appel est parvenu aux conclusions suivantes:

- a) le Groupe spécial a commis une erreur de droit en concluant que les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Partie 80 du Titre 40 du Recueil de réglementations fédérales n'entraient pas dans le cadre de l'article XX g) de l'*Accord général*;

- b) le Groupe spécial a donc aussi commis une erreur de droit en ne se prononçant pas sur la question de savoir si les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Partie 80 du Titre 40 du Recueil de réglementations fédérales entraînent dans le champ d'application du texte introductif de l'article XX de l'*Accord général*;
- c) les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Partie 80 du Titre 40 du Recueil de réglementations fédérales ne répondent pas aux prescriptions établies dans le texte introductif de l'article XX de l'*Accord général* et ne sont donc pas justifiées au regard de l'article XX de l'*Accord général*.

Les conclusions juridiques qui précèdent modifient les conclusions du Groupe spécial exposées au paragraphe 8.1 de son rapport. Les conclusions de l'Organe d'appel laissent intactes les conclusions du Groupe spécial qui ne faisaient pas l'objet de l'appel.

L'Organe d'appel *recommande* que l'Organe de règlement des différends demande aux Etats-Unis de mettre les règles d'établissement des niveaux de base contenues dans la Partie 80 du Titre 40 du Code de réglementations fédérales en conformité avec leurs obligations au titre de l'*Accord général*.

Il est d'une certaine importance que l'Organe d'appel souligne ce que cela ne signifie *pas*. Cela ne signifie pas, ou n'implique pas, que la capacité de tout Membre de l'OMC de prendre des mesures pour lutter contre la pollution atmosphérique ou, d'une façon plus générale, pour protéger l'environnement, est en cause. Cela reviendrait à ne pas tenir compte du fait que l'article XX de l'*Accord général* contient des dispositions visant à permettre que d'importants intérêts des Etats - y compris la protection de la santé des personnes et la conservation des ressources naturelles épuisables - trouvent leur expression. Les dispositions de l'article XX n'ont pas été modifiées à la suite des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay. De fait, dans le préambule de l'*Accord sur l'OMC* et dans la *Décision sur le commerce et l'environnement*⁵⁴, il est spécifiquement reconnu qu'il importe de coordonner les politiques relatives au commerce et à l'environnement. Les Membres de l'OMC disposent d'une large autonomie pour déterminer leurs propres politiques en matière d'environnement (y compris la relation entre l'environnement et le commerce), leurs objectifs environnementaux et la législation environnementale qu'ils adoptent et mettent en oeuvre. En ce qui concerne l'OMC, cette autonomie n'est limitée que par la nécessité de respecter les prescriptions de l'*Accord général* et des autres accords visés.

⁵⁴Adoptée par les Ministres à la réunion du Comité des négociations commerciales à Marrakech le 14 avril 1994.

Texte original signé à Genève le 22 avril 1996 par:

Florentino P. Feliciano
Président de la section

Christopher Beeby
Membre

Mitsuo Matsushita
Membre

WORLD TRADE
ORGANIZATION

RESTRICTED

WT/DS2/AB/R

29 April 1996

(96-1597)

Appellate Body

**United States - Standards for Reformulated
and Conventional Gasoline**

AB-1996-1

Report of the Appellate Body

WORLD TRADE ORGANIZATION
APPELLATE BODY

*United States - Standards for Reformulated
and Conventional Gasoline*

AB-1996-1

United States, Appellant

Present:

Brazil

Venezuela, Appellees

Feliciano, Presiding Member

Beeby, Member

European Communities

Matsushita, Member

Norway, Third Participants

I. Introductory

The United States appeals from certain conclusions on issues of law and certain legal interpretations contained in the Panel Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, 29 January 1996 (the "Panel Report"). That Panel had been established to consider a dispute between the United States, on the one hand, and Venezuela, later joined by Brazil, on the other. The dispute related to the implementation by the United States of its domestic legislation known as the Clean Air Act of 1990 (the "CAA") and, more specifically, to the regulation enacted by the United States' Environmental Protection Agency (the "EPA") pursuant to that Act, to control toxic and other pollution caused by the combustion of gasoline manufactured in or imported into the United States. This regulation is formally entitled "*Regulation of Fuels and Fuel Additives - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*", Part 80 of Title 40 of the Code of Federal Regulations,¹ and is commonly referred to as the Gasoline Rule.

¹40 CFR 80, 59 Fed. Reg. 7716 (16 February 1994).

A. Procedural Matters

On 21 February 1996, the United States notified the Dispute Settlement Body of its decision to appeal certain conclusions on issues of law and legal interpretations in the Panel Report pursuant to Article 16 of the *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (the "DSU")² and simultaneously filed a Notice of Appeal with the Appellate Body, pursuant to Rule 20 of the *Working Procedures for Appellate Review* (the "*Working Procedures*").³ Thereafter, on 4 March 1996, the United States filed its Submission as Appellant.⁴ Venezuela in turn filed, on 18 March 1996, its Appellee's Submission; Brazil filed on the same day its Appellee's Submission.⁵ The third participants followed, the European Communities and Norway filing Submissions, on 18 March 1996.⁶

The complete record of the Panel proceedings was duly transmitted to the Appellate Body.⁷

The oral hearing contemplated by Rule 27 of the *Working Procedures* was held on 27 and 28 March 1996.⁸ At the hearing, oral arguments were made respectively by the participants and the third participants. Questions were put to them by the Members of the Appellate Body hearing the appeal. Most of these questions were answered orally, and some were responded to in writing with the responses being furnished both to the Appellate Body and the other participants and third participants.⁹ In addition, the participants and third participants were invited to provide, and did provide, the Appellate Body and each other with final written statements of their respective positions.¹⁰ All the participants and third participants responded positively and punctually, which was a source of satisfaction for the Appellate Body.

²WT/DS2/6.

³WT/AB/WP/1, 15 February 1996.

⁴Pursuant to Rule 21(1) of the *Working Procedures*.

⁵Pursuant to Rule 22(1) of the *Working Procedures*.

⁶Pursuant to Rule 24 of the *Working Procedures*.

⁷Pursuant to Rule 25 of the *Working Procedures*.

⁸The oral hearing was originally scheduled for 25 March 1996 but had, for exceptional and unavoidable reasons, to be deferred to 27 and 28 March 1996.

⁹Rule 28 of the *Working Procedures*.

¹⁰Rule 28(1) of the *Working Procedures*.

B. The Clean Air Act and its Implementation

The CAA and its implementation by the Gasoline Rule, are described fully at paragraphs 2.1-2.13 of the Panel Report. However, it may be convenient to recall a number of the Panel's factual findings at this stage.

The CAA established two gasoline programs¹¹ to ensure that pollution from gasoline combustion does not exceed 1990 levels and that pollutants in major population centres are reduced. The first program concerns ozone "nonattainment areas", consisting of (i) nine large metropolitan areas that have experienced the worst summertime ozone pollution and (ii) various additional areas included at the request of the state governors concerned. All gasoline sold to consumers in these nonattainment areas must be "reformulated." The sale of conventional gasoline in nonattainment areas is prohibited. The second program concerns "conventional" gasoline, which may be sold to consumers in the rest of the United States. The implementation of both programs, which apply to gasoline sold by domestic refiners, blenders and importers, was entrusted to the EPA. As a result, the EPA adopted the Gasoline Rule, which relies heavily on the use of 1990 baselines as a means of determining compliance with the CAA requirements.

1. The Reformulated Gasoline Program

The CAA established certain compositional and performance specifications for reformulated gasoline.¹² Thus, the oxygen content must not be less than 2.0 per cent by weight, the benzene content must not exceed 1.0 per cent by volume and the gasoline must be free of heavy metals, including lead or manganese. The performance specifications of the CAA require a 15 per cent reduction in the emissions of both volatile organic compounds ("VOCs") and toxic air pollutants ("toxics"), and no increase in emissions of nitrogen oxides ("NOx"). Section 80.41 of the Gasoline Rule sets out two methods by which entities can certify their gasoline as meeting these requirements. From 1 January 1995 to 1 January 1998, domestic refiners, blenders and importers may use an interim method of certification called the "Simple Model", which requires compliance with fixed specifications concerning Reid Vapour Pressure, oxygen, benzene and toxics performance. In addition, compliance is required with certain "non-degradation requirements" by maintaining sulphur, olefins and T-90 qualities at or below 1990 baseline levels, on an average annual basis. As of 1 January 1998, these entities must

¹¹Section 211(k).

¹²Section 211(k)(2)-(3).

comply with the "Complex Model", which more accurately predicts emissions performance. The Complex Model is not in issue in the present dispute.

2. The Conventional Gasoline Program

In order to prevent the "dumping" of pollutants extracted from reformulated gasoline into conventional gasoline, the CAA requires that conventional gasoline sold by domestic refiners, blenders and importers in the United States remains as clean as 1990 baseline levels.¹³ Unlike the Simple Model for reformulated gasoline, the "non-degradation" from 1990 baseline requirements for conventional gasoline applies in respect of all conventional gasoline qualities, and not only sulphur, olefins and T-90. Compliance is measured by comparing emissions from the conventional gasoline sold by domestic refiners, blenders and importers against emissions from a 1990 baseline and is assessed on an annual average basis.¹⁴

3. Baseline Establishment Rules

In respect of both reformulated gasoline (for sulphur, olefins and T-90 requirements under the Simple Model) and conventional gasoline (for all requirements), 1990 baselines are an integral element of the Gasoline Rule enforcement process. Accordingly, the Gasoline Rule contains detailed baseline establishment rules.¹⁵ Baselines can be either individual (established by the entity itself) or statutory (established by the EPA and intended to reflect average 1990 United States gasoline quality), depending on the nature of the entity concerned.

(i) *domestic refiners*

Any domestic refiner which was in operation for at least six months in 1990 must establish an individual baseline representing the quality of gasoline produced by that refiner in 1990. The Gasoline Rule provides three methods of establishment to be used for this purpose. Under Method 1, the domestic refiner must use the quality data and volume records of its 1990 gasoline. If Method 1 data is not available, the domestic refiner must use its 1990 gasoline blendstock quality data and 1990 blendstock production records (Method 2). In the event that Method 2 data is not available, the domestic refiner must establish an individual 1990 baseline on the basis of its post-1990 gasoline blendstock and/or

¹³Section 211(k)(8) of the CAA.

¹⁴Section 80.90 of the Gasoline Rule.

¹⁵Section 80.91.

gasoline quality data modeled in the light of refinery changes to show 1990 gasoline composition (Method 3).

Domestic refiners that were in operation for at least six months in 1990 are not permitted to forego their individual baseline and use the statutory baseline established by the EPA. However, domestic refiners that commenced operations after 1990, or operated for less than six months during 1990, are required to use the statutory baseline established by the EPA.

(ii) *blenders*

Blenders are required to establish an individual baseline representing the quality of their 1990 gasoline using Method 1 above. Failing this, they must use the statutory baseline established by the EPA. Blenders may not apply an individual baseline using Methods 2 or 3.

(iii) *importers*

Importers of foreign gasoline are required to establish an individual baseline in respect of gasoline imported by them during 1990, using Method 1. Like blenders, importers become subject to the statutory baseline if, as anticipated by the EPA, the data necessary for Method 1 is unavailable.

The Gasoline Rule does not provide for foreign refiner individual baselines, although the possible use of individual baselines for foreign refiners was examined by the EPA while drafting the Gasoline Rule. Indeed, the EPA continued to examine the possible use of individual baselines for foreign refineries after the adoption of the Gasoline Rule, and prepared its May 1994 proposal¹⁶ as a result. The May 1994 proposal provided for limited use by importers of individual baselines established for foreign refineries in order to demonstrate that gasoline produced at that foreign refinery complied with the reformulated (but not conventional) gasoline standards. The individual baselines would be determined using Methods 1, 2 or 3, as for domestic refineries under the Gasoline Rule. However, the use of individual baselines in such cases would be conditioned and limited in a number of ways. The EPA's May 1994 proposal never entered into force, as the United States Congress enacted legislation in September 1994 denying the funding necessary for its implementation.

¹⁶40 CFR 80, 59 Fed. Reg. at 22 800 (3 May 1994).

C. The Panel Report: Its Findings and Conclusions

The Panel's overall conclusions and its recommendation are set out in the following terms:

8.1 In the light of the findings above, the Panel concluded that the baseline establishment methods contained in Part 80 of Title 40 of the Code of Federal Regulations are not consistent with Article III:4 of the General Agreement, and cannot be justified under paragraphs (b), (d) and (g) of Article XX of the General Agreement.

8.2 The Panel *recommends* that the Dispute Settlement Body request the United States to bring this part of the Gasoline Rule into conformity with its obligations under the General Agreement.¹⁷

On route to its overall conclusions, the Panel made the following principal findings:

- (i) that the Panel's terms of reference were established after the 75 per cent rule had ceased to have any effect, and the rule had not been mentioned in the terms of reference, and that, in any case, it was unnecessary, in view of findings (ii), (iv), (v) and (vii) below, to determine whether the measure at issue was inconsistent with Article I:1 of the *General Agreement on Tariffs and Trade 1994* (the "*General Agreement*");¹⁸
- (ii) that imported and domestic gasoline were "like products" and that since, under the baseline establishment rules of the Gasoline Rule, imported gasoline was effectively prevented from benefitting from as favourable sales conditions as were afforded domestic gasoline by an individual baseline tied to the producer of a product, imported gasoline was treated "less favourably" than domestic gasoline. The baseline establishment rules of the Gasoline Rule were accordingly inconsistent with Article III:4 of the *General Agreement*;¹⁹
- (iii) that, in view of finding (ii), it was not necessary to examine the consistency of the Gasoline Rule with Article III:1;²⁰

¹⁷Panel Report at p. 47.

¹⁸Panel Report, para. 6.19.

¹⁹Panel Report, para. 6.16.

²⁰Panel Report, para. 6.17.

- (iv) that the "aspect of the baseline establishment methods" found inconsistent with Article III:4 was not justified under Article XX(b) of the *General Agreement* as "necessary to protect human, animal or plant life or health";²¹
- (v) that the "maintenance of discrimination between imported and domestic gasoline" contrary to Article III:4 was not justified under Article XX(d) as "necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of [the General] Agreement";²²
- (vi) that clean air was an exhaustible natural resource within the meaning of Article XX(g) of the *General Agreement*;²³
- (vii) that the baseline establishment rules found to be inconsistent with Article III:4 could not be justified under Article XX(g) as a measure "relating to" the conservation of exhaustible natural resources;²⁴
- (viii) that it was unnecessary, in the light of finding (vii), to determine whether the measure at issue was "made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption";²⁵
- (ix) that it was unnecessary, in the light of finding (vii), to determine whether the measure at issue met the conditions in the introductory clause of Article XX (sometimes referred to as the chapeau of Article XX);
- (x) that it was unnecessary, in view of findings (ii), (iv), (v) and (vii), to determine whether the measure at issue was inconsistent with Article XXIII:1(b) as having nullified and impaired benefits accruing under the *General Agreement*;²⁶ and

²¹Panel Report, para. 6.29.

²²Panel Report, para. 6.33.

²³Panel Report, para. 6.37.

²⁴Panel Report, para. 6.40.

²⁵Panel Report, para. 6.41.

²⁶Panel Report, para. 6.42.

- (xi) that it was unnecessary, in the light of findings (ii), (iv), (v) and (vii), to determine whether the measure at issue was inconsistent with Articles 2.1 and 2.2 of the *Agreement on Technical Barriers to Trade* (the "*TBT Agreement*"),²⁷

II. Issues Raised In This Appeal

A. The Claims of Error by the United States

It is important to focus upon the subject matter of this appeal. We seek to do this first by identifying the issues which have been raised by the Appellant, the United States. In what follows we highlight those same issues by listing certain other issues dealt with in the Panel proceedings but which have *not* been brought before the Appellate Body in this appeal, and which we accordingly exclude from consideration in this Appellate Report.

In its Notice of Appeal, dated 21 February 1996, and its Appellant's Submission, dated 4 March 1996, the United States claims that the Panel erred in law, firstly, in holding that the baseline establishment rules of the Gasoline Rule are not justified under Article XX(g) of the *General Agreement* and, secondly, in its interpretation of Article XX as a whole.

More specifically, the United States assigns as error the ruling of the Panel that the baseline establishment rules do not constitute a "measure" "relating to" the conservation of clean air within the meaning of Article XX(g) of the *General Agreement*. Consequently, it is also the view of the United States that the Panel erred in failing to proceed further in its interpretation and application of Article XX(g), and in not finding that the baseline establishment rules satisfy the other requirements of Article XX(g) and the introductory provisions of Article XX.

The sharply limited scope of this appeal is underscored by noting the number of findings which the Panel had made but which have not been appealed from by the United States. Very briefly, the United States does not appeal from the findings or rulings made by the Panel on, or in respect of, the consistency of the baseline establishment rules with Article I:1, Article III:1, Article III:4, and Article XXIII:1(b) of the *General Agreement* and the applicability of Article XX(b) and Article XX(d) of the *General Agreement* and of the *TBT Agreement*. Understandably, the United States has also not

²⁷Panel Report, para. 6.43.

appealed from the Panel's ruling that clean air is an exhaustible natural resource within the meaning of Article XX(g) of the *General Agreement*.

B. The Claims of the Appellees and the Arguments of the Third Participants

The Appellees, Venezuela and Brazil, submit that the Appellate Body should dismiss the United States' appeal and uphold the Panel's findings and conclusions concerning Article XX(g). In particular, Venezuela and Brazil support the Panel's finding that the measure at issue before the Panel was not one "relating to" the conservation of exhaustible natural resources. Venezuela also states that a measure can only be "relating to" or "primarily aimed at" conservation if the measure was both: (i) primarily intended to achieve a conservation goal; and (ii) had a positive conservation effect.

Venezuela argues that, as the United States has not met its burden with respect to the "relating to" requirement of Article XX(g) in this appeal, the Appellate Body may uphold the Panel Report on this issue alone, and it is not necessary to address the additional requirements of Article XX(g), nor the requirements in the Article XX chapeau.

If the Appellate Body overturns the Panel's findings on the "relating to" component of Article XX(g) and does proceed to examine the other requirements of Article XX(g), Venezuela and Brazil submit that the United States has also failed to demonstrate that those requirements have been satisfied. They argue that the measure in issue is not "made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption" as the restrictions are not imposed as direct limits on the production or consumption of clean air, but rather upon the consumption of certain kinds of gasoline. They further submit that clean air does not qualify as an "exhaustible natural resource" within the meaning of Article XX(g).

With regard to the requirements in the chapeau to Article XX, Venezuela and Brazil submit that the measure is applied in a manner which constitutes "arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail." Venezuela argues that the measure constitutes a "disguised restriction on international trade" as well.

The Appellees also raise the conditional argument that, if the Appellate Body were to overturn the Panel's findings on Article XX(g), and not find in favour of Venezuela and Brazil as to the other requirements of Article XX, it would then need to examine their claims under the *TBT Agreement*.

The third participants, the European Communities and Norway, endorse the Panel's interpretation of "relating to" and the Panel's findings under Article XX(g). They find it difficult to accept the United States' arguments that the measure at issue was "made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption," as the measure in issue did not impose restrictions on clean air. With regard to the Article XX chapeau criteria, the European Communities and Norway both submit that the measure is applied in a manner constituting "arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail" and a "disguised restriction on international trade."

C. The Preliminary Question

A preliminary question was raised by the United States at the oral hearing concerning arguments made by Venezuela and Brazil in their respective Appellees' Submissions on the issues of whether clean air is an exhaustible natural resource within the meaning of Article XX(g) and whether the baseline establishment rules are consistent with the *TBT Agreement*. The gist of the preliminary question is that the above issues and the related arguments made by Venezuela and Brazil were not properly brought before the Appellate Body in this appeal in accordance with the *Working Procedures*. It was underscored by the United States that Venezuela and Brazil had not appealed from the ruling of the Panel on the clean air issue or from the non-ruling of the Panel on the applicability of the *TBT Agreement*. Venezuela and Brazil had not filed Appellants' Submissions under Rule 23(1) of the *Working Procedures*. Neither had Venezuela nor Brazil filed separate appeals under Rule 23(4) of the *Working Procedures*. Their arguments on these two matters had been made in their Appellees' Submissions pursuant to Rule 22 and, as Appellees, Venezuela and Brazil could not challenge the Panel's finding on the clean air issue and its non-finding on the *TBT Agreement's* applicability.

At the oral hearing, in response to questions posed by the Appellate Body, Venezuela and Brazil confirmed that they, indeed, were not appealing the mentioned two matters. They went on, however, to state that they believed it would be within the scope of authority of the Appellate Body, if it found it necessary to do so, to address the results of the Panel's examination of those two issues.

In its Post-Hearing Memorandum, the United States asserted, among other things, that were the Appellate Body to take up the above two matters in the present appeal, unfairness would be generated *vis-à-vis* the United States and it would encourage a disregard of the *Working Procedures*. Such disregard by the Appellate Body would, it was further stated, create difficulties for third parties who would have to make up their minds to become third participants or not on the basis of the issues raised on appeal as set out in the Notice of Appeal and the Appellant's Submission. The United States itself had not

raised the clean air issue and the applicability of the *TBT Agreement* in its appeal, and the United States was the only Appellant in AB-1996-1.

We find the United States' submissions on this preliminary question persuasive. The arguments raised by Venezuela and Brazil on the clean air and TBT issues may be seen to be, in effect, conditional appeals, that is, conditional on the Appellate Body's overturning the Panel's overall findings on Article XX(g) and not finding in favour of Venezuela and Brazil as to the other requirements of Article XX. This condition is not fulfilled. Even if this condition had been fulfilled, the Appellate Body would have been most reluctant to pass upon these two issues. We observe, in the first place, that the issues in fact raised by the Appellant, the United States, are not of the kind which cannot be decided without at the same time necessarily resolving the clean air issue or the applicability of the *TBT Agreement*. In the second place, to deal with those two issues, under the circumstances of this appeal, would have required the Appellate Body casually to disregard its own *Working Procedures* and to do so in the absence of a compelling reason grounded on, for instance, fundamental fairness or *force majeure*. Venezuela and Brazil could have appealed the Panel's finding and non-finding on the two matters by taking advantage of Rules 23(1) or 23(4) of the *Working Procedures* and thereby placing the Appellate Body in a position to dispose of those issues directly in one and the same appellate proceeding.

The acceptance by Venezuela and Brazil of the *Working Procedures*, and their commitment to them, is not in question. We have no option, however, but to find that the route they chose for addressing the two issues in question is not contemplated by the *Working Procedures*, and therefore, these issues are not properly the subject of this appeal.

III. The Issue of Justification Under Article XX(g) of the General Agreement

Article XX(g) needs to be set out in full:

Article XX
General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

- . . .
- (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;
- . . .

A. "Measures"

The initial issue we are asked to look at relates to the proper meaning of the term "measures" as used both in the chapeau of Article XX and in Article XX(g). The question is whether "measures" refers to the entire Gasoline Rule or, alternatively, only to the particular provisions of the Gasoline Rule which deal with the establishment of baselines for domestic refiners, blenders and importers.

Cast in the foregoing terms, the issue does not appear to be a live one. True enough the Panel Report used differing terms, or terms of shifting reference, in designating the "measures" in different parts of the Report. The Panel Report, however, held only the baseline establishment rules of the Gasoline Rule to be inconsistent with Article III:4, to the extent that such rules provided "less favourable treatment" for imported than for domestic gasoline. These are the same provisions which the Panel evaluated, and found wanting, under the justifying provisions of Article XX(g). The Panel Report did not purport to find the Gasoline Rule itself as a whole, or any part thereof other than the baseline establishment rules, to be inconsistent with Article III:4; accordingly, there was no need at all to examine whether the whole of the Gasoline Rule or any of its other rules, was saved or justified by Article XX(g). The Panel here was following the practice of earlier panels in applying Article XX to provisions found to be inconsistent with Article III:4: the "measures" to be analyzed under Article XX are the same

provisions infringing Article III:4.²⁸ These earlier panels had not interpreted "measures" more broadly under Article XX to include provisions not themselves found inconsistent with Article III:4. In the present appeal, no one has suggested in their final submissions that the Appellate Body should examine under Article XX any portion of the Gasoline Rule other than the baseline establishment rules held to be in conflict with Article III:4. No one has urged an interpretation of "measures" which would encompass the Gasoline Rule in its totality.²⁹

At the oral hearing and in its Post-Hearing Memorandum, the United States complained about the designation of the baseline establishment rules in the Panel Report and by the Appellees Venezuela and Brazil, in such terms as "the difference in treatment", "the less favourable treatment" or "the discrimination." It is, of course, true that the baseline establishment rules had been found by the Panel to be inconsistent with Article III:4 of the *General Agreement*. The frequent designation of those provisions by the Panel in terms of its legal conclusion in respect of Article III:4, in the Appellate Body's view, did not serve the cause of clarity in analysis when it came to evaluating the same baseline establishment rules under Article XX(g).

B. "relating to the conservation of exhaustible natural resources"

The Panel Report took the view that clean air was a "natural resource" that could be "depleted." Accordingly, as already noted earlier, the Panel concluded that a policy to reduce the depletion of clean air was a policy to conserve an exhaustible natural resource within the meaning of Article XX(g). Shortly thereafter, however, the Panel Report also concluded that "the less favourable baseline establishments methods" were *not* primarily aimed at the conservation of exhaustible natural resources and thus fell outside the justifying scope of Article XX(g).

²⁸*Canada - Administration of the Foreign Investment Review Act*, BISD 30S/140, adopted 7 February 1984; *United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345, adopted 7 November 1989; *United States - Taxes on Automobiles*, DS31/R (1994), unadopted.

²⁹Although, in earlier submissions to the Appellate Body, the United States suggested that "the Gasoline Rule" should be examined in the context of Article XX(g), in its Post-Hearing Memorandum, dated 1 April 1996, the United States confirmed its understanding that the "measures" in issue are the baseline establishment rules contained in the Gasoline Rule.

Brazil stated, in its final submission to the Appellate Body, dated 1 April 1996, that "the 'measure' with which this appeal is concerned is the baseline methodology of the Gasoline Rule, not the entire rule itself." This would suggest a position similar to that adopted by the United States. Thereafter, Brazil continued to state that "Brazil and Venezuela did not challenge all portions of the Rule; they challenged only the discriminatory methods of establishing baselines."

Venezuela stated, in its summary statement, dated 29 March 1996, that "the measure to be examined is the discriminatory measure, that is, the aspect of the Gasoline Rule that denies imported gasoline the right to use the same regulatory system of baselines applicable to U.S. gasoline, namely, the system of individual baselines."

The Panel, addressing the task of interpreting the words "relating to", quoted with approval the following passage from the panel report in the 1987 *Herring and Salmon* case:³⁰

as the preamble of Article XX indicates, the purpose of including Article XX:(g) in the General Agreement was not to widen the scope for measures serving trade policy purposes but merely to ensure that the commitments under the General Agreement do not hinder the pursuit of policies aimed at the conservation of exhaustive natural resources. The Panel concluded for these reasons that, while a trade measure did not have to be necessary or essential to the conservation of an exhaustible natural resource, it had to be *primarily aimed* at the conservation of an exhaustible natural resource to be considered as "relating to" conservation within the meaning of Article XX:(g). (emphasis added by the Panel)

The Panel Report then went on to apply the 1987 *Herring and Salmon* reasoning and conclusion to the baseline establishment rules of the Gasoline Rule in the following manner:³¹

The Panel then considered whether the precise aspects of the Gasoline Rule that it had found to violate Article III -- the less favourable baseline establishments methods that adversely affected the conditions of competition for imported gasoline -- were primarily aimed at the conservation of natural resources. The Panel saw no direct connection between less favourable treatment of imported gasoline that was chemically identical to domestic gasoline, and the US objective of improving air quality in the United States. Indeed, in the view of the Panel, being consistent with the obligation to provide no less favourable treatment would not prevent the attainment of the desired level of conservation of natural resources under the Gasoline Rule. Accordingly, it could not be said that the baseline establishment methods that afforded less favourable treatment to imported gasoline were primarily aimed at the conservation of natural resources. In the Panel's view, the above-noted lack of connection was underscored by the fact that affording treatment of imported gasoline consistent with its Article III:4 obligations would not in any way hinder the United States in its pursuit of its conservation policies under the Gasoline Rule. Indeed, the United States remained free to regulate in order to obtain whatever air quality it wished. The Panel therefore concluded that the less favourable baseline establishments methods at issue in this case were not primarily aimed at the conservation of natural resources.

It is not easy to follow the reasoning in the above paragraph of the Panel Report. In our view, there is a certain amount of opaqueness in that reasoning. The Panel starts with positing that there was "*no direct connection*" between the baseline establishment rules which it characterized as "less favourable treatment" of imported gasoline that was chemically identical to the domestic gasoline and "the US objective of improving air quality in the United States." Shortly thereafter, the Panel went on to conclude that "*accordingly, it could not be said that* the baseline establishment rules that afforded

³⁰Canada - Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, BISD 35S/98, para. 4.6; adopted on 22 March 1988, cited in Panel Report, para. 6.39.

³¹Panel Report, para. 6.40.

less favourable treatment to imported gasoline *were primarily aimed at* the conservation of natural resources" (emphasis added). The Panel did not try to clarify whether the phrase "direct connection" was being used as a synonym for "primarily aimed at" or whether a new and additional element (on top of "primarily aimed at") was being demanded.

One problem with the reasoning in that paragraph is that the Panel asked itself whether the "less favourable treatment" of imported gasoline was "primarily aimed at" the conservation of natural resources, rather than whether the "measure", i.e. the baseline establishment rules, were "primarily aimed at" conservation of clean air. In our view, the Panel here was in error in referring to its legal conclusion on Article III:4 instead of the measure in issue. The result of this analysis is to turn Article XX on its head. Obviously, there had to be a finding that the measure provided "less favourable treatment" under Article III:4 before the Panel examined the "General Exceptions" contained in Article XX. That, however, is a conclusion of law. The chapeau of Article XX makes it clear that it is the "measures" which are to be examined under Article XX(g), and not the legal finding of "less favourable treatment."

Furthermore, the Panel Report appears to have utilized a conclusion it had reached earlier in holding that the baseline establishment rules did not fall within the justifying terms of Articles XX(b); i.e. that the baseline establishment rules were not "necessary" for the protection of human, animal or plant life. The Panel Report, it will be recalled, found that the baseline establishment rules had not been shown by the United States to be "necessary" under Article XX(b) since alternative measures either consistent or less inconsistent with the *General Agreement* were reasonably available to the United States for achieving its aim of protecting human, animal or plant life.³² In other words, the Panel Report appears to have applied the "necessary" test not only in examining the baseline establishment rules under Article XX(b), but also in the course of applying Article XX(g).

A principal difficulty, in the view of the Appellate Body, with the Panel Report's application of Article XX(g) to the baseline establishment rules is that the Panel there overlooked a fundamental rule of treaty interpretation. This rule has received its most authoritative and succinct expression in the *Vienna Convention on the Law of Treaties* (the "*Vienna Convention*")³³ which provides in relevant part:

³²Panel Report, paras. 6.25-6.28.

³³(1969), 8 International Legal Materials 679.

ARTICLE 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

The "general rule of interpretation" set out above has been relied upon by all of the participants and third participants, although not always in relation to the same issue. That general rule of interpretation has attained the status of a rule of customary or general international law.³⁴ As such, it forms part of the "customary rules of interpretation of public international law" which the Appellate Body has been directed, by Article 3(2) of the *DSU*, to apply in seeking to clarify the provisions of the *General Agreement* and the other "covered agreements" of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*³⁵ (the "*WTO Agreement*"). That direction reflects a measure of recognition that the *General Agreement* is not to be read in clinical isolation from public international law.

Applying the basic principle of interpretation that the words of a treaty, like the *General Agreement*, are to be given their ordinary meaning, in their context and in the light of the treaty's object and purpose, the Appellate Body observes that the Panel Report failed to take adequate account of the words actually used by Article XX in its several paragraphs. In enumerating the various categories of governmental acts, laws or regulations which WTO Members may carry out or promulgate in pursuit of differing legitimate state policies or interests outside the realm of trade liberalization, Article XX uses different terms in respect of different categories:

- "necessary" - in paragraphs (a), (b) and (d);
- "essential" - in paragraph (j);
- "relating to" - in paragraphs (c), (e) and (g);
- "for the protection of" - in paragraph (f);
- "in pursuance of" - in paragraph (h); and
- "involving" - in paragraph (i).

³⁴See, e.g., *Territorial Dispute Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*, (1994), *I.C.J. Reports* p. 6 (International Court of Justice); *Golder v. United Kingdom*, *ECHR, Series A*, (1995) no. 18 (European Court of Human Rights); *Restrictions to the Death Penalty Cases*, (1986) 70 *International Law Reports* 449 (Inter-American Court of Human Rights); Jiménez de Aréchaga, "International Law in the Past Third of a Century" (1978-I) 159 *Recueil des Cours* 1, p. 42; D. Carreau, *Droit International* (3è ed., 1991) p. 140; *Oppenheim's International Law* (9th ed., Jennings and Watts, eds. 1992) Vol. 1, pp. 1271-1275.

³⁵Done at Marrakesh, Morocco, 15 April 1994.

It does not seem reasonable to suppose that the WTO Members intended to require, in respect of each and every category, the same kind or degree of connection or relationship between the measure under appraisal and the state interest or policy sought to be promoted or realized.

At the same time, Article XX(g) and its phrase, "relating to the conservation of exhaustible natural resources," need to be read in context and in such a manner as to give effect to the purposes and objects of the *General Agreement*. The context of Article XX(g) includes the provisions of the rest of the *General Agreement*, including in particular Articles I, III and XI; conversely, the context of Articles I and III and XI includes Article XX. Accordingly, the phrase "relating to the conservation of exhaustible natural resources" may not be read so expansively as seriously to subvert the purpose and object of Article III:4. Nor may Article III:4 be given so broad a reach as effectively to emasculate Article XX(g) and the policies and interests it embodies. The relationship between the affirmative commitments set out in, *e.g.*, Articles I, III and XI, and the policies and interests embodied in the "General Exceptions" listed in Article XX, can be given meaning within the framework of the *General Agreement* and its object and purpose by a treaty interpreter only on a case-to-case basis, by careful scrutiny of the factual and legal context in a given dispute, without disregarding the words actually used by the WTO Members themselves to express their intent and purpose.

The 1987 *Herring and Salmon* report, and the Panel Report itself, gave some recognition to the foregoing considerations of principle. As earlier noted, the Panel Report quoted the following excerpt from the *Herring and Salmon* report:

as the preamble of Article XX indicates, the purpose of including Article XX(g) in the General Agreement was not to widen the scope for measures serving trade policy purposes but merely to ensure that the commitments under the General Agreement do not hinder the pursuit of policies aimed at the conservation of exhaustible natural resources.³⁶ (emphasis added)

All the participants and the third participants in this appeal accept the propriety and applicability of the view of the *Herring and Salmon* report and the Panel Report that a measure must be "primarily aimed at" the conservation of exhaustible natural resources in order to fall within the scope of Article XX(g).³⁷ Accordingly, we see no need to examine this point further, save, perhaps, to note

³⁶Canada - Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, BISD 35S/98, para. 4.6; adopted 22 March 1988, cited in Panel Report, para. 6.39.

³⁷We note that the same interpretation has been applied in two recent unadopted panel reports: *United States - Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R (1994); *United States - Taxes on Automobiles*, DS31/R (1994).

that the phrase "primarily aimed at" is not itself treaty language and was not designed as a simple litmus test for inclusion or exclusion from Article XX(g).

Against this background, we turn to the specific question of whether the baseline establishment rules are appropriately regarded as "primarily aimed at" the conservation of natural resources for the purposes of Article XX(g). We consider that this question must be answered in the affirmative.

The baseline establishment rules, taken as a whole (that is, the provisions relating to establishment of baselines for domestic refiners, along with the provisions relating to baselines for blenders and importers of gasoline), need to be related to the "non-degradation" requirements set out elsewhere in the Gasoline Rule. Those provisions can scarcely be understood if scrutinized strictly by themselves, totally divorced from other sections of the Gasoline Rule which certainly constitute part of the context of these provisions. The baseline establishment rules whether individual or statutory, were designed to permit scrutiny and monitoring of the level of compliance of refiners, importers and blenders with the "non-degradation" requirements. Without baselines of some kind, such scrutiny would not be possible and the Gasoline Rule's objective of stabilizing and preventing further deterioration of the level of air pollution prevailing in 1990, would be substantially frustrated. The relationship between the baseline establishment rules and the "non-degradation" requirements of the Gasoline Rule is not negated by the inconsistency, found by the Panel, of the baseline establishment rules with the terms of Article III:4. We consider that, given that substantial relationship, the baseline establishment rules cannot be regarded as merely incidentally or inadvertently aimed at the conservation of clean air in the United States for the purposes of Article XX(g).

C. "if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption"

The Panel did not find it necessary to deal with the issue of whether the baseline establishment rules "are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption", since it had earlier concluded that those rules had not even satisfied the preceding requirement of "relating to" in the sense of being "primarily aimed at" the conservation of clean air. Having been unable to concur with that earlier conclusion of the Panel, we must now address this second requirement of Article XX(g), the United States having, in effect, appealed from the failure of the Panel to proceed further with its inquiry into the availability of Article XX(g) as a justification for the baseline establishment rules.

The claim of the United States is that the second clause of Article XX(g) requires that the burdens entailed by regulating the level of pollutants in the air emitted in the course of combustion of gasoline, must not be imposed solely on, or in respect of, imported gasoline.

On the other hand, Venezuela and Brazil refer to prior panel reports which include statements to the effect that to be deemed as "made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption", a measure must be "primarily aimed at" making effective certain restrictions on domestic production or consumption.³⁸ Venezuela and Brazil also argue that the United States has failed to show the existence of restrictions on domestic production or consumption of a natural resource under the Gasoline Rule since clean air was not an exhaustible natural resource within the meaning of Article XX(g). Venezuela contends, finally, that the United States has not discharged its burden of showing that the baseline establishment rules make the United States' regulatory scheme "effective." The claim of Venezuela is, in effect, that to be properly regarded as "primarily aimed at" the conservation of natural resources, the baseline establishment rules must not only "reflect a conservation purpose" but also be shown to have had "some positive conservation effect."³⁹

The Appellate Body considers that the basic international law rule of treaty interpretation, discussed earlier, that the terms of a treaty are to be given their ordinary meaning, in context, so as to effectuate its object and purpose, is applicable here, too. Viewed in this light, the ordinary or natural meaning of "made effective" when used in connection with a measure - a governmental act or regulation - may be seen to refer to such measure being "operative", as "in force", or as having "come into effect."⁴⁰ Similarly, the phrase "in conjunction with" may be read quite plainly as "together with" or "jointly with."⁴¹ Taken together, the second clause of Article XX(g) appears to us to refer to governmental measures like the baseline establishment rules being promulgated or brought into effect together with restrictions on domestic production or consumption of natural resources. Put in a slightly different manner, we believe that the clause "if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic product or consumption" is appropriately read as a requirement that the measures concerned impose restrictions, not just in respect of imported gasoline but also with respect to domestic gasoline.

³⁸*Canada - Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, BISD 35S/98, paras. 4.6-4.7; adopted 22 March 1988. Also, *United States - Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R (1994), unadopted; and *United States - Taxes on Automobiles*, DS31/R (1994), unadopted.

³⁹Venezuela's Appellee's Submission, dated 18 March 1996; Venezuela's Statement at the Oral Hearing, dated 27 March 1996.

⁴⁰*The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (L. Brown, ed., 1993), Vol. I, p. 786.

⁴¹*Id.*, p. 481.

The clause is a requirement of *even-handedness* in the imposition of restrictions, in the name of conservation, upon the production or consumption of exhaustible natural resources.

There is, of course, no textual basis for requiring identical treatment of domestic and imported products. Indeed, where there is identity of treatment - constituting real, not merely formal, equality of treatment - it is difficult to see how inconsistency with Article III:4 would have arisen in the first place. On the other hand, if *no* restrictions on domestically-produced like products are imposed at all, and all limitations are placed upon imported products *alone*, the measure cannot be accepted as primarily or even substantially designed for implementing conservationist goals.⁴² The measure would simply be naked discrimination for protecting locally-produced goods.

In the present appeal, the baseline establishment rules affect both domestic gasoline and imported gasoline, providing for - generally speaking - individual baselines for domestic refiners and blenders and statutory baselines for importers. Thus, restrictions on the consumption or depletion of clean air by regulating the domestic production of "dirty" gasoline are established jointly with corresponding restrictions with respect to imported gasoline. That imported gasoline has been determined to have been accorded "less favourable treatment" than the domestic gasoline in terms of Article III:4, is not material for purposes of analysis under Article XX(g). It might also be noted that the second clause of Article XX(g) speaks disjunctively of "domestic production *or* consumption."

We do not believe, finally, that the clause "if made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption" was intended to establish an empirical "effects test" for the availability of the Article XX(g) exception. In the first place, the problem of determining causation, well-known in both domestic and international law, is always a difficult one. In the second place, in the field of conservation of exhaustible natural resources, a substantial period of time, perhaps years, may have to elapse before the effects attributable to implementation of a given measure may be observable. The legal characterization of such a measure is not reasonably made contingent upon occurrence of subsequent events. We are not, however, suggesting that consideration of the predictable effects of a measure is never relevant. In a particular case, should it become clear that realistically,

⁴²Some illustration is offered in the *Herring and Salmon* case which involved, *inter alia*, a Canadian prohibition of exports of unprocessed herring and salmon. This prohibition effectively constituted a ban on purchase of certain unprocessed fish by foreign processors and consumers while imposing no corresponding ban on purchase of unprocessed fish by domestic processors and consumers. The prohibitions appeared to be designed to protect domestic processors by giving them exclusive access to fresh fish and at the same time denying such raw material to foreign processors. The Panel concluded that these export prohibitions were not justified by Article XX(g). BISD 35S/98, para. 5.1, adopted 22 March 1988. See also the Panel Report in the *United States - Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, BISD 29S/91, paras. 4.10-4.12; adopted on 22 February 1982.

a specific measure cannot in any possible situation have any positive effect on conservation goals, it would very probably be because that measure was not designed as a conservation regulation to begin with. In other words, it would not have been "primarily aimed at" conservation of natural resources at all.

IV. The Introductory Provisions of Article XX of the General Agreement: Applying the Chapeau of the General Exceptions

Having concluded, in the preceding section, that the baseline establishment rules of the Gasoline Rule fall within the terms of Article XX(g), we come to the question of whether those rules also meet the requirements of the chapeau of Article XX. In order that the justifying protection of Article XX may be extended to it, the measure at issue must not only come under one or another of the particular exceptions - paragraphs (a) to (j) - listed under Article XX; it must also satisfy the requirements imposed by the opening clauses of Article XX. The analysis is, in other words, two-tiered: first, provisional justification by reason of characterization of the measure under XX(g); second, further appraisal of the same measure under the introductory clauses of Article XX.

The chapeau by its express terms addresses, not so much the questioned measure or its specific contents as such, but rather the manner in which that measure is applied.⁴³ It is, accordingly, important to underscore that the purpose and object of the introductory clauses of Article XX is generally the prevention of "abuse of the exceptions of [what was later to become] Article [XX]."⁴⁴ This insight drawn from the drafting history of Article XX is a valuable one. The chapeau is animated by the principle that while the exceptions of Article XX may be invoked as a matter of legal right, they should not be so applied as to frustrate or defeat the legal obligations of the holder of the right under the substantive rules of the *General Agreement*. If those exceptions are not to be abused or misused, in other words, the measures falling within the particular exceptions must be applied reasonably, with due regard both to the legal duties of the party claiming the exception and the legal rights of the other parties concerned.

The burden of demonstrating that a measure provisionally justified as being within one of the exceptions set out in the individual paragraphs of Article XX does not, in its application, constitute

⁴³This was noted in the Panel Report on *United States - Imports of Certain Automotive Spring Assemblies*, BISD 30S/107, para. 56; adopted on 26 May 1983.

⁴⁴EPCT/C.11/50, p. 7; quoted in *Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice*, Volume I, p. 564 (1995).

abuse of such exception under the chapeau, rests on the party invoking the exception. That is, of necessity, a heavier task than that involved in showing that an exception, such as Article XX(g), encompasses the measure at issue.

The enterprise of applying Article XX would clearly be an unprofitable one if it involved no more than applying the standard used in finding that the baseline establishment rules were inconsistent with Article III:4. That would also be true if the finding were one of inconsistency with some other substantive rule of the *General Agreement*. The provisions of the chapeau cannot logically refer to the same standard(s) by which a violation of a substantive rule has been determined to have occurred. To proceed down that path would be both to empty the chapeau of its contents and to deprive the exceptions in paragraphs (a) to (j) of meaning. Such recourse would also confuse the question of whether inconsistency with a substantive rule existed, with the further and separate question arising under the chapeau of Article XX as to whether that inconsistency was nevertheless justified. One of the corollaries of the "general rule of interpretation" in the *Vienna Convention* is that interpretation must give meaning and effect to all the terms of a treaty. An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility.⁴⁵

The chapeau, it will be seen, prohibits such application of a measure at issue (otherwise falling within the scope of Article XX(g)) as would constitute

- (a) "arbitrary discrimination" (between countries where the same conditions prevail);
- (b) "unjustifiable discrimination" (with the same qualifier); or
- (c) "disguised restriction" on international trade.

The text of the chapeau is not without ambiguity, including one relating to the field of application of the standards it contains: the arbitrary or unjustifiable discrimination standards and the disguised restriction on international trade standard. It may be asked whether these standards do not have different fields of application. Such a question was put to the United States in the course of the oral hearing. It was asked whether the words incorporated into the first two standards "between countries where the same conditions prevail" refer to conditions in importing and exporting countries, or only to conditions in exporting countries. The reply of the United States was to the effect that it interpreted

⁴⁵E.g., *Corfu Channel Case* (1949) *I.C.J. Reports*, p.24 (International Court of Justice); *Territorial Dispute Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* (1994) *I.C.J. Reports*, p. 23 (International Court of Justice); 1966 *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II at 219; *Oppenheim's International Law* (9th ed., Jennings and Watts eds., 1992), Volume I, 1280-1281; P. Dallier and A. Pellet, *Droit International Public*, 5è ed. (1994) para. 17.2); D. Carreau, *Droit International*, (1994) para. 369.

that phrase as referring to both the exporting countries and importing countries and as between exporting countries. It also said that the language spoke for itself, but there was no reference to third parties; while some thought that this was only between exporting countries *inter se*, there is no support in the text for that view. No such question was put to the United States concerning the field of application of the third standard - disguised restriction on international trade. But the United States put forward arguments designed to show that in the case under appeal, it had met all the standards set forth in the chapeau. In doing so, it clearly proceeded on the assumption that, whatever else they might relate to in another case, they were relevant to a case of national treatment where the Panel had found a violation of Article III:4. At no point in the appeal was that assumption challenged by Venezuela or Brazil. Venezuela argued that the United States had failed to meet all the standards contained in the chapeau. So did Norway and the European Communities as third participants. In short, the field of application of these standards was not at issue.

The assumption on which all the participants proceeded is buttressed by the fact that the chapeau says that "*nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures ...*" The exceptions listed in Article XX thus relate to all of the obligations under the *General Agreement*: the national treatment obligation and the most-favoured-nation obligation, of course, but others as well. Effect is more easily given to the words "nothing in this Agreement", and Article XX as a whole including its chapeau more easily integrated into the remainder of the *General Agreement*, if the chapeau is taken to mean that the standards it sets forth are applicable to all of the situations in which an allegation of a violation of a substantive obligation has been made and one of the exceptions contained in Article XX has in turn been claimed.

Against this background, we see no need to decide the matter of the field of application of the standards set forth in the chapeau nor to make a ruling at variance with the common understanding of the participants.⁴⁶

⁴⁶We note in this connection that two previous panels had occasion to apply the chapeau. In *United States - Imports of Certain Automotive Spring Assemblies*, BISD 30S/107; adopted on 26 May 1983, the panel had before it a ban on imports, and an exclusion order of the United States' International Trade Commission, of certain automotive spring assemblies which the Commission had found, under Section 337 of the Tariff Act of 1930, to have infringed valid United States patents. The panel there held that the exclusion order had *not* been applied in a manner which would constitute a means of "arbitrary or unjustifiable discrimination against countries where the same conditions prevail," because that order was directed against imports of infringing assemblies "from all foreign sources, and not just from Canada." At the same time, the same order was also examined and found *not* to be "a disguised restriction on international trade." *Id.*, paras. 54-56. See also *United States - Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products*, BISD 29S/91, para. 4.8; adopted 22 February 1982.

It may be observed that the term "countries" in the chapeau is textually unqualified; it does not say "foreign countries", as did Article 4 of the 1927 League of Nations *International Convention for the Abolition of Import and Export Prohibitions and Restrictions*, 97 L.N.T.S. 393. Neither does the chapeau say "third countries" as did, e.g., bilateral trade (continued...)

"Arbitrary discrimination", "unjustifiable discrimination" and "disguised restriction" on international trade may, accordingly, be read side-by-side; they impart meaning to one another. It is clear to us that "disguised restriction" includes disguised *discrimination* in international trade. It is equally clear that *concealed* or *unannounced* restriction or discrimination in international trade does *not* exhaust the meaning of "disguised restriction." We consider that "disguised restriction", whatever else it covers, may properly be read as embracing restrictions amounting to arbitrary or unjustifiable discrimination in international trade taken under the guise of a measure formally within the terms of an exception listed in Article XX. Put in a somewhat different manner, the kinds of considerations pertinent in deciding whether the application of a particular measure amounts to "arbitrary or unjustifiable discrimination", may also be taken into account in determining the presence of a "disguised restriction" on international trade. The fundamental theme is to be found in the purpose and object of avoiding abuse or illegitimate use of the exceptions to substantive rules available in Article XX.

There was more than one alternative course of action available to the United States in promulgating regulations implementing the CAA. These included the imposition of statutory baselines without differentiation as between domestic and imported gasoline. This approach, if properly implemented, could have avoided any discrimination at all. Among the other options open to the United States was to make available individual baselines to foreign refiners as well as domestic refiners. The United States has put forward a series of reasons why either of these courses was not, in its view, realistically open to it and why, instead, it had to devise and apply the baseline establishment rules contained in the Gasoline Rule.

In explaining why individual baselines for foreign refiners had not been put in place, the United States laid heavy stress upon the difficulties which the EPA would have had to face. These difficulties related to anticipated administrative problems that individual baselines for foreign refiners would have generated. This argument was made succinctly by the United States in the following terms:

Verification on foreign soil of foreign baselines, and subsequent enforcement actions, present substantial difficulties relating to problems arising whenever a country exercises enforcement jurisdiction over foreign persons. In addition, even if individual baselines were established for several foreign refiners, the importer would be tempted to claim the refinery of origin that presented the most benefits in terms of baseline restrictions,

⁴⁶(...continued)
agreements negotiated by the United States under the 1934 *Reciprocal Trade Agreements Act*; e.g. the *Trade Agreement between the United States of America and Canada*, 15 November 1935, 168 L.N.T.S. 356 (1936). These earlier treaties are here noted, not as pertaining to the *travaux préparatoires* of the *General Agreement*, but simply to show how in comparable treaties, a particular intent was expressed with words not found in printer's ink in the *General Agreement*.

and tracking the refinery or origin would be very difficult because gasoline is a fungible commodity. The United States should not have to prove that it cannot verify information and enforce its regulations in every instance in order to show that the same enforcement conditions do not prevail in the United States and other countries ... The impracticability of verification and enforcement of foreign refiner baselines in this instance shows that the "discrimination" is based on serious, not arbitrary or unjustifiable, concerns stemming from different conditions between enforcement of its laws in the United States and abroad.⁴⁷

Thus, according to the United States, imported gasoline was relegated to the more exacting statutory baseline requirement because of these difficulties of verification and enforcement. The United States stated that verification and enforcement of the Gasoline Rule's requirements for imported gasoline are "much easier when the statutory baseline is used" and that there would be a "dramatic difference" in the burden of administering requirements for imported gasoline if individual baselines were allowed.⁴⁸

While the anticipated difficulties concerning verification and subsequent enforcement are doubtless real to some degree, the Panel viewed them as insufficient to justify the denial to foreign refiners of individual baselines permitted to domestic refiners. The Panel said:

While the Panel agreed that it would be necessary under such a system to ascertain the origin of gasoline, the Panel could not conclude that the United States had shown that this could not be achieved by other measures reasonably available to it and consistent or less inconsistent with the General Agreement. Indeed, the Panel noted that a determination of origin would often be feasible. The Panel examined, for instance, the case of a direct shipment to the United States. It considered that there was no reason to believe that, given the usual measures available in international trade for determination of origin and tracking of goods (including documentary evidence and third party verification) there was any particular difficulty sufficient to warrant the demands of the baseline establishment methods applied by the United States.⁴⁹

In the view of the Panel, the United States had reasonably available to it data for, and measures of, verification and assessment which were consistent or less inconsistent with Article III:4. For instance, although foreign data may be formally less subject to complete control by US authorities, this did not amount to establishing that foreign data could not in any circumstances be sufficiently reliable to serve U.S. purposes. This, however, was the practical effect of the application of the Gasoline Rule. In the Panel's view, the United States had not demonstrated that data available from foreign refiners was inherently less susceptible to established techniques of checking, verification, assessment and enforcement than data for other trade in goods subject

⁴⁷Para. 55 of the Appellant's Submission, dated 4 March 1996. The United States was in effect making the same point when, at pages 11 and 12 of its Post-Hearing Memorandum, it argued that the conditions were not the same as between the United States, on the one hand, and Venezuela and Brazil on the other.

⁴⁸Supplementary responses by the United States to certain questions of the Appellate Body, dated 1 April 1996.

⁴⁹Panel Report, para. 6.26.

to US regulation. The nature of the data in this case was similar to data relied upon by the United States in other contexts, including, for example, under the application of antidumping laws. In an antidumping case, only when the information was not supplied or deemed unverifiable did the United States turn to other information. If a similar practice were to be applied in the case of the Gasoline Rule, then importers could, for instance, be permitted to use the individual baselines of foreign refiners for imported gasoline from those refiners, with the statutory baseline being applied only when the source of imported gasoline could not be determined or a baseline could not be established because of an absence of data.⁵⁰

We agree with the finding above made in the Panel Report. There are, as the Panel Report found, established techniques for checking, verification, assessment and enforcement of data relating to imported goods, techniques which in many contexts are accepted as adequate to permit international trade - trade between territorial sovereigns - to go on and grow. The United States must have been aware that for these established techniques and procedures to work, cooperative arrangements with both foreign refiners and the foreign governments concerned would have been necessary and appropriate. At the oral hearing, in the course of responding to an enquiry as to whether the EPA could have adapted, for purposes of establishing individual refinery baselines for foreign refiners, procedures for verification of information found in U.S. antidumping laws, the United States said that "in the absence of refinery cooperation and the possible absence of foreign government cooperation as well", it was unlikely that the EPA auditors would be able to conduct the on-site audit reviews necessary to establish even the overall quality of refineries' 1990 gasoline.⁵¹ From this statement, there arises a strong implication, it appears to the Appellate Body, that the United States had not pursued the possibility of entering into cooperative arrangements with the governments of Venezuela and Brazil or, if it had, not to the point where it encountered governments that were unwilling to cooperate. The record of this case sets out the detailed justifications put forward by the United States. But it does not reveal what, if any, efforts had been taken by the United States to enter into appropriate procedures in cooperation with the governments of Venezuela and Brazil so as to mitigate the administrative problems pleaded by the United States.⁵² The fact that the United States Congress might have intervened, as it did later intervene, in

⁵⁰Panel Report, para. 6.28.

⁵¹Supplementary responses to the United States to certain questions of the Appellate Body, dated 1 April 1996.

⁵²While it is not for the Appellate Body to speculate where the limits of effective international cooperation are to be found, reference may be made to a number of precedents that the United States (and other countries) have considered it prudent to use to help overcome problems confronting enforcement agencies by virtue of the fact that the relevant law and the authority of the enforcement of the agency does not hold sway beyond national borders. During the course of the oral hearing, attention was drawn to the fact that in addition to the antidumping law referred to by the Panel in the passage cited above, there were other US regulatory laws of this kind, *e.g.*, in the field of anti-trust law, securities exchange law and tax law. There are cooperative agreements entered into by the US and other governments to help enforce regulatory laws of the kind mentioned and to obtain data from abroad. There are such agreements, *inter alia*, in the anti-trust and tax areas. There are also, within the framework of the WTO, the *Agreement on the Implementation of Article VI of GATT 1994*, (the "*Antidumping Agreement*"), the *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (the "*SCM Agreement*") and the *Agreement on Pre-shipment Inspection*, all of which constitute recognition of the frequency and significance of international cooperation of this sort.

the process by denying funding, is beside the point: the United States, of course, carries responsibility for actions of both the executive and legislative departments of government.

In its submissions, the United States also explained why the statutory baseline requirement was not imposed on domestic refiners as well. Here, the United States stressed the problems that domestic refineries would have faced had they been required to comply with the statutory baseline. The Panel Report summarized the United States' argument in the following terms:

The United States concluded that, contrary to Venezuela's and Brazil's claim, Article XX did not require adoption of the statutory baseline as a national standard even if the difficulties associated with the establishment of individual baselines for importers were insurmountable. Application of the statutory baseline to domestic producers of reformulated and conventional gasoline in 1995 would have been *physically and financially impossible because of the magnitude of the changes required in almost all US refineries; it thus would have caused a substantial delay in the programme*. Weighing the feasibility of policy options in economic or technical terms in order to meet an environmental objective was a legitimate consideration, and did not, in itself, constitute protectionism, as alleged by Venezuela and Brazil. Article XX did not require a government to choose the most expensive possible way to regulate its environment.⁵³ (emphasis added)

Clearly, the United States did not feel it feasible to require its domestic refiners to incur the physical and financial costs and burdens entailed by immediate compliance with a statutory baseline. The United States wished to give domestic refiners time to restructure their operations and adjust to the requirements in the Gasoline Rule. This may very well have constituted sound domestic policy from the viewpoint of the EPA and U.S. refiners. At the same time we are bound to note that, while the United States counted the costs for its domestic refiners of statutory baselines, there is nothing in the record to indicate that it did other than disregard that kind of consideration when it came to foreign refiners.

We have above located two omissions on the part of the United States: to explore adequately means, including in particular cooperation with the governments of Venezuela and Brazil, of mitigating the administrative problems relied on as justification by the United States for rejecting individual baselines for foreign refiners; and to count the costs for foreign refiners that would result from the imposition of statutory baselines. In our view, these two omissions go well beyond what was necessary for the Panel to determine that a violation of Article III:4 had occurred in the first place. The resulting discrimination must have been foreseen, and was not merely inadvertent or unavoidable. In the light

⁵³Panel Report, para. 3.52.

of the foregoing, our conclusion is that the baseline establishment rules in the Gasoline Rule, in their application, constitute "unjustifiable discrimination" and a "disguised restriction on international trade." We hold, in sum, that the baseline establishment rules, although within the terms of Article XX(g), are not entitled to the justifying protection afforded by Article XX as a whole.

V. FINDINGS AND CONCLUSIONS

For the reasons set out in the preceding sections of this report, the Appellate Body has reached the following conclusions:

- (a) the Panel erred in law in its conclusion that the baseline establishment rules contained in Part 80 of Title 40 of the Code of Federal Regulations did not fall within the terms of Article XX(g) of the *General Agreement*;
- (b) the Panel accordingly also erred in law in failing to decide whether the baseline establishment rules contained in Part 80 of Title 40 of the Code of Federal Regulations fell within the ambit of the chapeau of Article XX of the *General Agreement*;
- (c) the baseline establishment rules contained in Part 80 of Title 40 of the Code of Federal Regulations fail to meet the requirements of the chapeau of Article XX of the *General Agreement*, and accordingly are not justified under Article XX of the *General Agreement*.

The foregoing legal conclusions modify the conclusions of the Panel as set out in paragraph 8.1 of its Report. The Appellate Body's conclusions leave intact the conclusions of the Panel that were not the subject of appeal.

The Appellate Body *recommends* that the Dispute Settlement Body request the United States to bring the baseline establishment rules contained in Part 80 of Title 40 of the Code of Federal Regulations into conformity with its obligations under the *General Agreement*.

It is of some importance that the Appellate Body point out what this does *not* mean. It does not mean, or imply, that the ability of any WTO Member to take measures to control air pollution or, more generally, to protect the environment, is at issue. That would be to ignore the fact that

Article XX of the *General Agreement* contains provisions designed to permit important state interests - including the protection of human health, as well as the conservation of exhaustible natural resources - to find expression. The provisions of Article XX were not changed as a result of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations. Indeed, in the preamble to the *WTO Agreement* and in the *Decision on Trade and Environment*,⁵⁴ there is specific acknowledgement to be found about the importance of coordinating policies on trade and the environment. WTO Members have a large measure of autonomy to determine their own policies on the environment (including its relationship with trade), their environmental objectives and the environmental legislation they enact and implement. So far as concerns the WTO, that autonomy is circumscribed only by the need to respect the requirements of the *General Agreement* and the other covered agreements.

Signed in the original at Geneva this 22nd day of April 1996 by:

Florentino P. Feliciano
Presiding Member

Christopher Beeby
Member

Mitsuo Matsushita
Member

⁵⁴Adopted by Ministers at the Meeting of the Trade Negotiations Committee in Marrakesh on 14 April 1994.