

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS406/R
2 septembre 2011

(11-4166)

Original: anglais

**ÉTATS-UNIS – MESURES AFFECTANT LA PRODUCTION
ET LA VENTE DES CIGARETTES AUX
CLOUS DE GIROFLE**

Rapport du Groupe spécial

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
II. ASPECTS FACTUELS	2
A. INTRODUCTION	2
B. MESURE EN CAUSE	2
C. CONTEXTE FACTUEL	5
1. Le régime législatif mis en place par les États-Unis pour la lutte antitabac.....	5
a) Historique des mesures de lutte antitabac mises en œuvre aux États-Unis.....	5
b) Le champ d'application de la FSPTCA.....	6
2. Le marché des cigarettes aux États-Unis	8
3. Efforts internationaux pour limiter le tabagisme: la <i>Convention-cadre pour la lutte antitabac</i>	9
III. DEMANDES DE CONSTATATIONS ET DE RECOMMANDATIONS PRÉSENTÉES PAR LES PARTIES	10
IV. ARGUMENTS DES PARTIES	11
V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES	11
VI. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE	11
A. GÉNÉRALITÉS.....	11
B. OBSERVATIONS DES ÉTATS-UNIS SUR LE RAPPORT INTÉRIMAIRE.....	12
1. Aspects factuels	12
2. Question de savoir si l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC	14
3. Question de savoir si l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC	20
4. Question de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'Accord OTC	25
5. Divers	25
VII. CONSTATATIONS.....	26
A. INTRODUCTION	26
B. ORDRE D'ANALYSE.....	27
C. QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST UN "RÈGLEMENT TECHNIQUE" AU SENS DE L'ANNEXE 1.1 DE L'ACCORD OTC	30
1. Arguments des parties	30
2. Analyse par le Groupe spécial	30
a) Introduction.....	30
b) Disposition juridique en cause	31
c) Éléments de la définition d'un règlement technique	32
i) <i>Premier élément: question de savoir si l'article 907 a) 1) A) s'applique à un "produit, ou groupe de produits, identifiable"</i>	<i>32</i>
ii) <i>Deuxième élément: question de savoir si l'article 907 a) 1) A) énonce une ou plusieurs "caractéristiques d'un produit"</i>	<i>33</i>

iii)	<i>Troisième élément: question de savoir si le respect des caractéristiques d'un produit est obligatoire</i>	35
d)	Conclusion	36
D.	QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC.....	36
1.	Arguments des parties	36
2.	Analyse par le Groupe spécial	44
a)	Introduction.....	44
b)	Disposition juridique en cause	44
c)	Question de savoir si les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes nationales en cause sont des "produits similaires" au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC.....	46
i)	<i>Interprétation de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC</i>	46
	Arguments des parties concernant l'interprétation de l'expression "produits similaires" dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC.....	47
	Approche adoptée par le Groupe spécial pour interpréter l'expression "produits similaires" dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC.....	49
ii)	<i>Critères traditionnels relatifs à la similarité</i>	57
iii)	<i>Analyse de la similarité des produits concernés</i>	58
	Produits nationaux et produits importés pertinents aux fins de l'analyse de la similarité dans la présente affaire	58
	Propriétés, nature et qualité des produits visés.....	65
	Utilisations finales des produits.....	76
	Goûts et habitudes des consommateurs en ce qui concerne les produits.....	79
	Classement tarifaire des produits.....	87
iv)	<i>Conclusion concernant la similarité</i>	89
d)	Question de savoir s'il est accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale.....	90
i)	<i>Introduction</i>	90
ii)	<i>Approche adoptée par le Groupe spécial pour interpréter le critère relatif au traitement moins favorable prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC</i>	91
iii)	<i>Discrimination de jure contre discrimination de facto</i>	92
iv)	<i>Critère relatif au traitement moins favorable prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC</i>	93
	Quels sont les produits à comparer.....	94
	Question de savoir si les produits en cause sont traités différemment	96
	Question de savoir si le traitement différent est appliqué au détriment des produits importés.....	97
	Question de savoir si le traitement moins favorable est lié à l'origine nationale des importations.....	97
v)	<i>Conclusion relative au traitement moins favorable</i>	101
e)	Conclusion générale relative à l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC	101
E.	QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST JUSTIFIÉ AU REGARD DE L'ARTICLE XX B) DU GATT DE 1994.....	101
1.	Arguments des parties	101
2.	Analyse par le Groupe spécial	103
a)	Introduction.....	103

b)	Disposition juridique en cause	103
c)	Question de savoir si le Groupe spécial doit déterminer si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994	104
d)	Conclusion	104
F.	QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC.....	105
1.	Arguments des parties	105
2.	Analyse par le Groupe spécial	111
a)	Introduction.....	111
b)	Disposition juridique en cause	111
c)	Question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle poursuit un objectif légitime	114
i)	<i>Question de savoir si l'Indonésie a indiqué correctement l'objectif de l'interdiction</i>	<i>114</i>
ii)	<i>Question de savoir si l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "légitime"</i>	<i>117</i>
d)	Question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes	119
i)	<i>Question de savoir si la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 est pertinente pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" énoncé à l'article 2.2 de l'Accord OTC.....</i>	<i>119</i>
ii)	<i>Question de savoir si l'Indonésie a démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépassait le niveau de protection recherché par les États-Unis.....</i>	<i>124</i>
iii)	<i>Question de savoir si l'Indonésie a démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apportait pas de "contribution importante" à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes.....</i>	<i>126</i>
	Introduction.....	126
	Question de savoir si les cigarettes aux clous de girofle présentent un plus grand risque pour la santé que les autres cigarettes.....	127
	Question de savoir si les jeunes fument des cigarettes aux clous de girofle en nombre insignifiant.....	128
	Question de savoir si le fait que les États-Unis n'ont pas interdit les autres produits du tabac aromatisés les plus populaires auprès des jeunes démontre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte pas de "contribution importante" à la réduction du tabagisme chez les jeunes	130
	Question de savoir si les preuves scientifiques disponibles montrent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne contribuera guère à dissuader les jeunes de fumer.....	131
	Conclusion.....	138
iv)	<i>Question de savoir si l'Indonésie a démontré qu'il y avait des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif au niveau de protection recherché par les États-Unis.....</i>	<i>138</i>
e)	Conclusion générale relative à l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC	142
G.	QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.5 DE L'ACCORD OTC.....	143
1.	Arguments des parties	143
2.	Analyse par le Groupe spécial	147

a)	Introduction.....	147
b)	Disposition juridique en cause	148
c)	Question de savoir si l'Indonésie a demandé aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC	149
d)	Conclusion	151
H.	QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.8 DE L'ACCORD OTC	151
	1. Arguments des parties	151
	2. Analyse par le Groupe spécial	152
a)	Introduction.....	152
b)	Disposition juridique en cause	153
c)	Première question: savoir si l'article 2.8 impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques	153
d)	Seconde question: savoir s'il serait "approprié" de définir l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives	157
e)	Conclusion	160
I.	QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.10 DE L'ACCORD OTC.....	161
	1. Arguments des parties	161
	2. Analyse par le Groupe spécial	161
a)	Introduction.....	161
b)	Disposition juridique en cause	161
c)	Conclusion	162
J.	QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.9.2 ET 2.9.3 DE L'ACCORD OTC.....	163
	1. Arguments des parties	163
	2. Analyse par le Groupe spécial	164
a)	Introduction.....	164
b)	Dispositions juridiques en cause	165
c)	Conditions d'application de l'article 2.9 de l'Accord OTC	165
i)	<i>Première condition: absence de norme internationale pertinente ou non-conformité d'un règlement technique projeté avec une norme internationale pertinente.....</i>	<i>166</i>
ii)	<i>Deuxième condition: question de savoir si le règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres</i>	<i>166</i>
d)	Article 2.9.2: Obligation de notifier le règlement technique projeté	167
e)	Article 2.9.3: Obligation de fournir des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet	169
f)	Conclusion	170
K.	QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.12 DE L'ACCORD OTC.....	170
	1. Arguments des parties	170
	2. Analyse par le Groupe spécial	172
a)	Introduction.....	172

b)	Disposition juridique en cause	173
c)	Conclusion	181
L.	QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 12.3 DE L'ACCORD OTC	181
1.	Arguments des parties	181
2.	Analyse par le Groupe spécial	184
a)	Introduction.....	184
b)	Disposition juridique en cause	184
c)	Champ de l'obligation énoncée à l'article 12.3 de l'Accord OTC.....	185
d)	Éléments de l'obligation énoncée à l'article 12.3 de l'Accord OTC	187
i)	<i>Premier élément: question de savoir si l'Indonésie est un "pays en développement".....</i>	<i>187</i>
ii)	<i>Deuxième élément: question de savoir si l'Indonésie a des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par l'article 907 a) 1) A).....</i>	<i>187</i>
iii)	<i>Troisième élément: question de savoir si les États-Unis n'ont pas "tenu compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de l'Indonésie.....</i>	<i>189</i>
e)	Conclusion	193
VIII.	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	193

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Ajustements fiscaux à la frontière</i>	Rapport du Groupe de travail du GATT, <i>Ajustements fiscaux à la frontière</i> , L/3464, adopté le 2 décembre 1970, IBDD, S18/105-118
<i>Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil</i> , WT/DS241/R, adopté le 19 mai 2003
<i>Argentine – Peaux et cuirs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis</i> , WT/DS155/R et Corr.1, adopté le 16 février 2001
<i>Australie – Saumons</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Australie – Mesures visant les importations de saumons</i> , WT/DS18/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
<i>Australie – Saumons</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Australie – Mesures visant les importations de saumons</i> , WT/DS18/R, adopté le 6 novembre 1998, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS18/AB/R
<i>Brésil – Aéronefs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs</i> , WT/DS46/AB/R, adopté le 20 août 1999
<i>Brésil – Aéronefs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs</i> , WT/DS46/R, adopté le 20 août 1999, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS46/AB/R
<i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés</i> , WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007
<i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés</i> , WT/DS332/R, adopté le 17 décembre 2007, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS332/AB/R
<i>Canada – Automobiles</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000
<i>Canada – Automobiles</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS139/R, WT/DS142/R, adopté le 19 juin 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R
<i>Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques</i> , WT/DS114/R, adopté le 7 avril 2000
<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i> , WT/DS276/AB/R, adopté le 27 septembre 2004
<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i> , WT/DS276/R, adopté le 27 septembre 2004, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS276/AB/R
<i>Canada – Maintien de la suspension</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones</i> , WT/DS321/AB/R, adopté le 14 novembre 2008
<i>Canada – Maintien de la suspension</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones</i> , WT/DS321/R, adopté le 14 novembre 2008, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS321/AB/R

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>CE – Accessoires de tuyauterie</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil</i> , WT/DS219/AB/R, adopté le 18 août 2003
<i>CE – Accessoires de tuyauterie</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil</i> , WT/DS219/R, adopté le 18 août 2003, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS219/AB/R
<i>CE – Amiante</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant</i> , WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001
<i>CE – Amiante</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant</i> , WT/DS135/R et Add.1, adopté le 5 avril 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS135/AB/R
<i>CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques</i> , WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Add.1 à 9 et Corr.1, adopté le 21 novembre 2006
<i>CE – Bananes III</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> , WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997
<i>CE – Bananes III (Équateur)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, plainte déposée par l'Équateur</i> , WT/DS27/R/ECU, adopté le 25 septembre 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R
<i>CE – Bananes III (États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, plainte déposée par les États-Unis</i> , WT/DS27/R/USA, adopté le 25 septembre 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R
<i>CE – Bananes III (Guatemala et Honduras)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, plainte déposée par le Guatemala et le Honduras</i> , WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, adopté le 25 septembre 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R
<i>CE – Bananes III (Mexique)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, plainte déposée par le Mexique</i> , WT/DS27/R/MEX, adopté le 25 septembre 1997, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R
<i>CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/ CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/AB/RW2/ECU, adopté le 11 décembre 2008, et Corr.1; <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, adopté le 22 décembre 2008
<i>CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Deuxième recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/RW2/ECU, adopté le 11 décembre 2008, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/RW2/ECU

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/RW/USA, adopté le 22 décembre 2008, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/RW/USA
<i>CE – Hormones</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
<i>CE – Hormones (Canada)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte déposée par le Canada</i> , WT/DS48/R/CAN, adopté le 13 février 1998, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R
<i>CE – Hormones (États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte déposée par les États-Unis</i> , WT/DS26/R/USA, adopté le 13 février 1998, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R
<i>CE – Marques et indications géographiques (Australie)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, plainte de l'Australie</i> , WT/DS290/R, adopté le 20 avril 2005
<i>CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Protection des marques et des indications géographiques pour les produits agricoles et les denrées alimentaires, plainte des États-Unis</i> , WT/DS174/R, adopté le 20 avril 2005
<i>CE – Matériels informatiques</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques</i> , WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, adopté le 22 juin 1998
<i>CE – Matériels informatiques</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques</i> , WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, adopté le 22 juin 1998, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R
<i>CE – Morceaux de poulet</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés</i> , WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopté le 27 septembre 2005, et Corr.1
<i>CE – Morceaux de poulet (Brésil)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, plainte du Brésil</i> , WT/DS269/R, adopté le 27 septembre 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R
<i>CE – Morceaux de poulet (Thaïlande)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés, plainte de la Thaïlande</i> , WT/DS286/R, adopté le 27 septembre 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R
<i>CE – Préférences tarifaires</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement</i> , WT/DS246/AB/R, adopté le 20 avril 2004
<i>CE – Préférences tarifaires</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement</i> , WT/DS246/R, adopté le 20 avril 2004, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS246/AB/R

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>CE – Produits des technologies de l'information</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes et leurs États membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information</i> , WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, adopté le 21 septembre 2010
<i>CE – Sardines</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines</i> , WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
<i>CE – Sardines</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines</i> , WT/DS231/R et Corr.1, adopté le 23 octobre 2002, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS231/AB/R
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS316/AB/R, adopté le 1 ^{er} juin 2011
<i>CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS316/R, adopté le 1 ^{er} juin 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS316/AB/R
<i>CEE – Protéines pour l'alimentation des animaux</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT, <i>Mesures appliquées par la CEE aux protéines destinées à l'alimentation des animaux</i> , L/4599, adopté le 14 mars 1978, IBDD, S25/53
<i>Chili – Boissons alcooliques</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chili – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, adopté le 12 janvier 2000
<i>Chili – Boissons alcooliques</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Chili – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS87/R, WT/DS110/R, adopté le 12 janvier 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R
<i>Chine – Publications et produits audiovisuels</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels</i> , WT/DS363/AB/R, adopté le 19 janvier 2010
<i>Chine – Publications et produits audiovisuels</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels</i> , WT/DS363/R et Corr.1, adopté le 19 janvier 2010, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS363/AB/R
<i>Colombie – Bureaux d'entrée</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Colombie – Prix indicatifs et restrictions relatives aux bureaux d'entrée</i> , WT/DS366/R et Corr.1, adopté le 20 mai 2009
<i>Corée – Diverses mesures affectant la viande de boeuf</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001
<i>Corée – Diverses mesures affectant la viande de boeuf</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée</i> , WT/DS161/R, WT/DS169/R, adopté le 10 janvier 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R
<i>Égypte – Barres d'armature en acier</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Égypte – Mesures antidumping définitives à l'importation de barres d'armature en acier en provenance de Turquie</i> , WT/DS211/R, adopté le 1 ^{er} octobre 2002
<i>États-Unis – Acier au carbone</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne</i> , WT/DS213/AB/R, adopté le 19 décembre 2002

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Acier au carbone</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne</i> , WT/DS213/R et Corr.1, adopté le 19 décembre 2002, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS213/AB/R
<i>États-Unis – Article 337 de la Loi douanière</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT, <i>États-Unis – L'article 337 de la loi douanière de 1930</i> , L/6439, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386
<i>États-Unis – Chemises et blouses de laine</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1
<i>États-Unis – Chemises et blouses de laine</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/R, adopté le 23 mai 1997, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS33/AB/R
<i>États-Unis – Crevettes</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes</i> , WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
<i>États-Unis – Crevettes</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes</i> , WT/DS58/R et Corr.1, adopté le 6 novembre 1998, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/R
<i>États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS58/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001
<i>États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS58/RW, adopté le 21 novembre 2001, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/RW
<i>États-Unis – DRAM</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée</i> , WT/DS99/R, adopté le 19 mars 1999
<i>États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine</i> , WT/DS379/AB/R, adopté le 25 mars 2011
<i>États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine</i> , WT/DS379/R, adopté le 25 mars 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS379/AB/R
<i>États-Unis – EPO (Canada) États-Unis – EPO (Mexique)</i>	<i>États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)</i> , WT/DS384, WT/DS386
<i>États-Unis – Essence</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules</i> , WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996
<i>États-Unis – Essence</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules</i> , WT/DS2/R, adopté le 20 mai 1996, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS2/AB/R

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT, <i>États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation</i> , L/6175, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154
<i>États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"</i> – <i>Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS108/AB/RW, adopté le 29 janvier 2002
<i>États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"</i> – <i>Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS108/RW, adopté le 29 janvier 2002, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/RW
<i>États-Unis – Jeux</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, et Corr.1
<i>États-Unis – Jeux</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/R, adopté le 20 avril 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS285/AB/R
<i>États-Unis – Loi de 1916</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Loi antidumping de 1916</i> , WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adopté le 26 septembre 2000
<i>États-Unis – Loi de 1916 (CE)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Loi antidumping de 1916, plainte des Communautés européennes</i> , WT/DS136/R et Corr.1, adopté le 26 septembre 2000, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R
<i>États-Unis – Loi de 1916 (Japon)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Loi antidumping de 1916, plainte du Japon</i> , WT/DS162/R et Add.1, adopté le 26 septembre 2000, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R
<i>États-Unis – Maintien de la suspension</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones</i> , WT/DS320/AB/R, adopté le 14 novembre 2008
<i>États-Unis – Maintien de la suspension</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones</i> , WT/DS320/R, adopté le 14 novembre 2008, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS320/AB/R
<i>États-Unis – Plomb et bismuth II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni</i> , WT/DS138/AB/R, adopté le 7 juin 2000
<i>États-Unis – Plomb et bismuth II</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni</i> , WT/DS138/R et Corr.2, adopté le 7 juin 2000, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS138/AB/R
<i>États-Unis – Pneumatiques (Chine)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures affectant les importations de certains pneumatiques pour véhicules de tourisme et camions légers en provenance de Chine</i> , WT/DS399/R, distribué le 13 décembre 2010 [appel en cours]

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro") – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS294/AB/RW et Corr.1, adopté le 11 juin 2009
<i>États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro") – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS294/RW, adopté le 11 juin 2009, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS294/AB/RW
<i>États-Unis – Réduction à zéro (Japon) (article 21:5 – Japon)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction – Recours du Japon à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS322/AB/RW, adopté le 31 août 2009
<i>États-Unis – Réduction à zéro (Japon) (article 21:5 – Japon)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction – Recours du Japon à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS322/RW, adopté le 31 août 2009, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS322/AB/RW
<i>États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon</i> , WT/DS244/AB/R, adopté le 9 janvier 2004
<i>États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon</i> , WT/DS244/R, adopté le 9 janvier 2004, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS244/AB/R
<i>États-Unis – Thon II (Mexique)</i>	<i>États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon</i> , WT/DS381
<i>États-Unis – Tôles en acier</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures antidumping et compensatoires appliquées aux tôles en acier en provenance de l'Inde</i> , WT/DS206/R, adopté le 29 juillet 2002
<i>Guatemala – Ciment I</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique</i> , WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998
<i>Guatemala – Ciment I</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique</i> , WT/DS60/R, adopté le 25 novembre 1998, infirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS60/AB/R
<i>Inde – Automobiles</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Inde – Mesures concernant le secteur automobile</i> , WT/DS146/AB/R, WT/DS175/AB/R, adopté le 5 avril 2002
<i>Inde – Automobiles</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Inde – Mesures concernant le secteur automobile</i> , WT/DS146/R, WT/DS175/R et Corr.1, adopté le 5 avril 2002
<i>Inde – Brevets (États-Unis)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture</i> , WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998
<i>Inde – Brevets (États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture, plainte des États-Unis</i> , WT/DS50/R, adopté le 16 janvier 1998, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS50/AB/R

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Inde – Droits d'importation additionnels</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Inde – Droits additionnels et droits additionnels supplémentaires sur les importations en provenance des États-Unis</i> , WT/DS360/AB/R, adopté le 17 novembre 2008
<i>Inde – Droits d'importation additionnels</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Inde – Droits additionnels et droits additionnels supplémentaires sur les importations en provenance des États-Unis</i> , WT/DS360/R, adopté le 17 novembre 2008, infirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS360/AB/R
<i>Indonésie – Automobiles</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adopté le 23 juillet 1998
<i>Japon – Boissons alcooliques I</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT, <i>Japon – Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés</i> , L/6216, adopté le 10 novembre 1987, IBDD, S34/92
<i>Japon – Boissons alcooliques II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1 ^{er} novembre 1996
<i>Japon – Boissons alcooliques II</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Japon – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adopté le 1 ^{er} novembre 1996, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R
<i>Japon – Pellicules</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs</i> , WT/DS44/R, adopté le 22 avril 1998
<i>Japon – Pommes</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Mesures visant l'importation de pommes</i> , WT/DS245/AB/R, adopté le 10 décembre 2003
<i>Japon – Pommes</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Japon – Mesures visant l'importation de pommes</i> , WT/DS245/R, adopté le 10 décembre 2003, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS245/AB/R
<i>Japon – Produits agricoles II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Mesures visant les produits agricoles</i> , WT/DS76/AB/R, adopté le 19 mars 1999
<i>Japon – Produits agricoles II</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Japon – Mesures visant les produits agricoles</i> , WT/DS76/R, adopté le 19 mars 1999, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS76/AB/R
<i>Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons</i> , WT/DS308/AB/R, adopté le 24 mars 2006
<i>Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Mexique – Mesures fiscales concernant les boissons sans alcool et autres boissons</i> , WT/DS308/R, adopté le 24 mars 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS308/AB/R
<i>Mexique – Télécommunications</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Mexique – Mesures visant les services de télécommunication</i> , WT/DS204/R, adopté le 1 ^{er} juin 2004
<i>République dominicaine – Importation et vente de cigarettes</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur</i> , WT/DS302/AB/R, adopté le 19 mai 2005

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>République dominicaine – Importation et vente de cigarettes</i>	Rapport du Groupe spécial <i>République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur</i> , WT/DS302/R, adopté le 19 mai 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS302/AB/R
<i>Thaïlande – Cigarettes</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT, <i>Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes</i> , DS10/R, adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/214
<i>Thaïlande – Cigarettes (Philippines)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines</i> , WT/DS371/AB/R, adopté le 15 juillet 2011
<i>Thaïlande – Cigarettes (Philippines)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines</i> , WT/DS371/R, adopté le 15 juillet 2011, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS371/AB/R

ABRÉVIATIONS

<i>Accord OTC</i>	<i>Accord sur les obstacles techniques au commerce</i>
<i>Accord SPS</i>	<i>Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires</i>
Convention de Vienne	Convention de Vienne sur le droit des traités
COP	Conférence des Parties de l'OMS
CTP	Centre des produits du tabac
Directive de la FDA	<i>Guidance for Industry and FDA Staff, General Questions and Answers on the Ban of Cigarettes that Contain Characterizing Flavors</i> (Directive à l'intention du secteur d'activité concerné et du personnel de la FDA, questions générales et réponses au sujet de l'interdiction des cigarettes qui contiennent des arômes caractérisants).
<i>Directives partielles de l'OMS</i>	<i>Directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention [FCTC] de l'OMS</i>
FCTC	<i>Convention-cadre pour la lutte antitabac</i>
FDA	Agence des médicaments et des produits alimentaires
FFDCA	<i>Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques</i>
FSPTCA	<i>Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial</i>
GATT de 1994	<i>Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994</i>
NSDUH	Enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé
NYTS	Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
Rapport de la Chambre	Rapport de la Commission de l'énergie et du commerce de la Chambre des représentants, H.R. N°. 111-58, Pt. 1 (2009)
TPSAC	Comité consultatif scientifique des produits du tabac

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE A

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES PREMIÈRES COMMUNICATIONS ÉCRITES DES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe A-1	Résumé analytique de la première communication écrite de l'Indonésie	A-2
Annexe A-2	Résumé analytique de la première communication écrite des États-Unis	A-12

ANNEXE B

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES COMMUNICATIONS DES TIERCES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication du Brésil en tant que tierce partie	B-2
Annexe B-2	Résumé analytique de la déclaration orale du Brésil à la première réunion de fond	B-5
Annexe B-3	Résumé analytique de la déclaration orale de la Colombie à la première réunion de fond	B-6
Annexe B-4	Résumé analytique de la communication en tant que tierce partie et de la déclaration orale de l'Union européenne	B-11
Annexe B-5	Déclaration orale du Guatemala à la première réunion de fond	B-15
Annexe B-6	Déclaration orale du Mexique à la première réunion de fond	B-18
Annexe B-7	Résumé analytique de la déclaration orale de la Norvège à la première réunion de fond	B-22
Annexe B-8	Résumé analytique de la communication de la Turquie en tant que tierce partie	B-26

ANNEXE C

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES DEUXIÈMES COMMUNICATIONS ÉCRITES DES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la deuxième communication écrite de l'Indonésie	C-2
Annexe C-2	Résumé analytique de la deuxième communication écrite des États-Unis	C-14

ANNEXE D

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES DÉCLARATIONS ORALES DES PARTIES AUX PREMIÈRE ET DEUXIÈME RÉUNIONS DE FOND

Table des matières		Page
Annexe D-1	Résumé analytique de la déclaration liminaire de l'Indonésie à la première réunion de fond	D-2
Annexe D-2	Résumé analytique de la déclaration orale liminaire des États-Unis à la première réunion de fond	D-8
Annexe D-3	Déclaration finale de l'Indonésie à la première réunion de fond	D-14
Annexe D-4	Déclaration finale des États-Unis à la première réunion de fond	D-15
Annexe D-5	Résumé analytique de la déclaration liminaire de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond	D-17
Annexe D-6	Résumé analytique de la déclaration orale liminaire des États-Unis à la deuxième réunion de fond	D-24
Annexe D-7	Déclaration finale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond	D-30

ANNEXE E

DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL PRÉSENTÉE PAR L'INDONÉSIE

Table des matières		Page
Annexe E	Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie	E-1

I. INTRODUCTION

1.1 Le 7 avril 2010, l'Indonésie a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le "Mémorandum d'accord"), à l'article XXII de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994"), à l'article 11 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* (l'"*Accord SPS*") et à l'article 14 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (l'"*Accord OTC*") au sujet de "la mesure appliquée par le gouvernement des États-Unis concernant l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle".¹ L'Indonésie et les États-Unis ont tenu des consultations le 13 mai 2010. Toutefois, aucune solution mutuellement convenue n'a pu être trouvée.

1.2 Le 9 juin 2010, l'Indonésie a demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord.²

1.3 À sa réunion du 20 juillet 2010, l'ORD a établi un groupe spécial comme l'Indonésie l'avait demandé dans le document WT/DS406/2, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord.

1.4 Le mandat du Groupe spécial est le suivant:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les parties au différend, la question portée devant l'ORD par l'Indonésie dans le document WT/DS406/2; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

1.5 Le 9 septembre 2010, les parties sont convenues que le Groupe spécial aurait la composition suivante:

Président: M. Ronald Saborío Soto

Membres: M. Ichiro Araki
M. Hugo Cayrús

1.6 Le Brésil, la Colombie, le Guatemala, le Mexique, la Norvège, la République dominicaine, la Turquie et l'Union européenne ont réservé leur droit de participer aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties.

1.7 Le Groupe spécial a tenu sa première réunion de fond avec les parties les 13 et 14 décembre 2010. La séance avec les tierces parties a eu lieu le 14 décembre 2010. La deuxième réunion de fond a eu lieu le 15 février 2011.

1.8 Le 13 avril 2011, le Groupe spécial a remis la section descriptive de son projet de rapport aux parties. Il a remis son rapport intérimaire aux parties le 27 mai 2011. Il a remis son rapport final le 24 juin 2011.

¹ WT/DS406/1.

² WT/DS406/2.

II. ASPECTS FACTUELS

A. INTRODUCTION

2.1 Le présent différend concerne une mesure de lutte antitabac³ adoptée par les États-Unis qui prohibe les cigarettes ayant des arômes caractérisants, autres que le tabac ou le menthol.

2.2 Dans la présente section du rapport, le Groupe spécial décrira la mesure en cause, ainsi que son contexte factuel général, y compris le régime juridique mis en place par les États-Unis pour la lutte antitabac, le marché des cigarettes aux États-Unis et la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac*.

2.3 Les parties ne sont pas d'accord sur un certain nombre de questions factuelles. Dans la mesure où il lui sera nécessaire de résoudre ces questions factuelles contestées, le Groupe spécial le fera dans ses constatations.

B. MESURE EN CAUSE

2.4 La mesure en cause est l'article 907 a) 1) A) de la *Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques* ("FFDCA"), qui a été ajouté à cette loi en application de l'article 101 b) de la *Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial* ("FSPTCA").⁴ L'article 907 a) 1) A) est libellé comme suit:

"ARTICLE 907. NORMES RELATIVES AUX PRODUITS DU TABAC.

a) RÈGLE GÉNÉRALE.–

1) RÈGLES SPÉCIALES.–

A) RÈGLE SPÉCIALE POUR LES CIGARETTES.– À compter de trois mois après la date de promulgation de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial, aucune cigarette ni aucun des composants d'une cigarette (y compris le tabac, le filtre ou le papier) ne contiendra, en tant que constituant (y compris en tant que constituant de la fumée) ou additif, un arôme artificiel ou naturel (autre que le tabac ou le menthol) ou un extrait végétal ou une épice, y compris la fraise, le raisin, l'orange, le clou de girofle, la cannelle, l'ananas, la vanille, la noix de coco, la réglisse, le cacao, le chocolat, la cerise ou le café, qui soit un arôme caractérisant du produit du tabac ou de la fumée de tabac. Aucune disposition du présent alinéa ne sera interprétée comme limitant le pouvoir du Secrétaire de prendre, au titre du présent article ou d'autres articles de la présente loi, des mesures

³ L'article 1 d) de la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac* (voir la Section II.C.3 ci-dessous) définit la "lutte antitabac" comme consistant en "toute une série de stratégies de réduction de l'offre, de la demande et des effets nocifs visant à améliorer la santé d'une population en éliminant ou en réduisant sa consommation de produits du tabac et l'exposition de celle-ci à la fumée du tabac".

⁴ En réponse à la question n° 9 du Groupe spécial, les parties ont précisé que l'appellation correcte de la mesure en cause était "article 907 a) 1) A) de la *Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques* (telle que modifiée par la *Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial*)" ou, en abrégé, "article 907 a) 1) A) de la FFDCA". La mesure en cause peut aussi être désignée sous l'appellation "21 U.S.C. § 387g a) 1) A)" (ce qui signifie l'article 387g a) 1) A) du titre 21 du Code des États-Unis).

applicables au menthol ou à tout arôme artificiel ou naturel, à tout extrait végétal ou à toute épice non spécifié dans le présent alinéa."⁵

2.5 La FSPTCA a été promulguée aux États-Unis le 22 juin 2009.⁶ Comme le stipule son texte, l'article 907 a) 1) A) est entré en vigueur trois mois après la promulgation de la FSPTCA, c'est-à-dire le 22 septembre 2009.

2.6 Le Groupe spécial note que l'objectif de l'article 907 a) 1) A) n'est pas indiqué dans la FSPTCA elle-même. Cependant, les deux parties ont renvoyé le Groupe spécial à un rapport élaboré par la Commission de l'énergie et du commerce de la Chambre des représentants ("Rapport de la Chambre") après l'avis favorable à l'adoption de la législation rendu par cette commission.⁷ Le Rapport de la Chambre explique le sens de chaque article de la FSPTCA et expose à la fois les objectifs de cette loi en général et ceux de l'article 907 a) 1) A) en particulier. Selon le Rapport de la Chambre:

"Les objectifs de [la FSPTCA] sont de conférer au Secrétaire le pouvoir approprié de réglementer les produits du tabac afin de protéger la santé publique et de réduire le nombre de personnes de moins de 18 ans qui font usage de produits du tabac."⁸

2.7 Le Rapport de la Chambre explique en particulier le but de l'article 907 a) 1):

"Conformément à l'objectif général du projet de loi qui est de protéger la santé publique, y compris en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes, l'article 907 a) 1) vise à prohiber la fabrication et la vente de cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes."⁹

2.8 Par ailleurs, l'Agence des médicaments et des produits alimentaires (la "Food and Drug Administration" – "FDA"), qui, comme cela est expliqué à la section II.C.1 b) ci-dessous, est l'organisme des États-Unis chargé de la lutte antitabac et de la réglementation en la matière, a publié le 23 décembre 2009 un document intitulé "Guidance for Industry and FDA Staff, General Questions and Answers on the Ban of Cigarettes that Contain Characterizing Flavors" (Directive à l'intention du secteur d'activité concerné et du personnel de la FDA, Questions générales et réponses au sujet de l'interdiction des cigarettes qui contiennent des arômes caractérisants) ("Directive de la FDA"). La Directive de la FDA n'est pas contraignante, bien qu'elle représente les "idées actuelles de la FDA sur la question".¹⁰ Selon cette directive, le but de la prohibition des cigarettes ayant des arômes caractérisants imposée en vertu de l'article 907 a) 1) A) est le suivant:

"Le tabagisme, qui fait plus de 400 000 victimes chaque année, est la première cause évitable de décès aux États-Unis. L'une des principales manières de réduire le nombre de décès et de maladies dus au tabagisme est d'éviter que les enfants et les adolescents commencent à fumer. Des études ont montré que les fumeurs de 17 ans sont trois fois plus enclins à faire usage de cigarettes aromatisées que les fumeurs de plus de 25 ans. Outre qu'ils sont plus attractifs pour les jeunes, les produits aromatisés facilitent les débuts des nouveaux fumeurs en masquant l'arôme désagréable du tabac. Des études ont démontré en outre que les jeunes pensent que les produits du tabac aromatisés sont plus sûrs que les produits non aromatisés.

⁵ H.R. 1256, article 907 a) 1) A) (pièce IND-1).

⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 1.

⁷ H.R. Rep. N° 111-58, Pt. 1 (2009). L'Indonésie a présenté le Rapport de la Chambre en tant que pièce IND-2; les États-Unis ont présenté le même Rapport de la Chambre en tant que pièce US-67.

⁸ Pièce US-67, page 14.

⁹ Pièce US-67, page 37.

¹⁰ Directive, avertissement (pièce IND-41).

Les cigarettes aromatisées sont aussi dépendogènes et ont le même type d'effets néfastes que les cigarettes ordinaires. Il est important de retirer ces produits aromatisés du marché car cela supprimera une des voies empruntées par les jeunes pour commencer à faire régulièrement usage du tabac. Le Congrès a adopté spécifiquement l'interdiction visant la vente de cigarettes et de leurs composants, comme les filtres et les papiers, qui contiennent certains arômes caractérisants. Le fait de retirer ces cigarettes du marché est une étape importante dans les efforts que fait la nation pour réduire le nombre de maladies et de décès causés par les produits du tabac, conformément à la FSCPTA qui a été signée par le Président Obama le 22 juin 2009."¹¹

2.9 Selon la Directive de la FDA, l'article 907 a) 1) A) s'applique à tous les produits du tabac aromatisés qui répondent à la définition d'une cigarette donnée à l'article 900 3) de la FFDCA, même si ces produits ne sont pas appelés cigarettes.¹² L'article 900 3) de la FFDCA définit le terme "cigarette" comme suit:

"3) Cigarette

Le terme "cigarette" –

A) s'entend d'un produit qui –

i) est un produit du tabac; et

ii) répond à la définition du terme "cigarette" donnée à l'article 3 1) de la Loi fédérale sur l'étiquetage et la publicité des cigarettes; et

B) englobe le tabac, sous quelque forme que ce soit, ayant une fonction dans le produit, qui, du fait de son apparence, du type de tabac utilisé dans le scaferlati ou de son emballage et de son étiquetage, est susceptible d'être proposé aux consommateurs, ou acheté par ceux-ci, en tant que cigarette ou que tabac à rouler.

4) Tabac à cigarettes

Le terme "tabac à cigarettes" s'entend de tout produit qui consiste en du tabac en vrac destiné à être utilisé par les consommateurs dans une cigarette. Sauf indication contraire, les prescriptions applicables aux cigarettes au titre du présent sous-chapitre s'appliqueront aussi au tabac à cigarettes."¹³

2.10 Le point ii) fait référence à une disposition de la *Loi fédérale sur l'étiquetage et la publicité des cigarettes*, où le terme "cigarette" est défini comme suit:

"1) le terme "cigarette" s'entend de –

A) tout rouleau de tabac enveloppé dans du papier ou dans toute substance ne contenant pas de tabac, et

B) tout rouleau de tabac enveloppé dans toute substance contenant du tabac qui, du fait de son apparence, du type de tabac utilisé dans le scaferlati ou de son emballage

¹¹ Directive, réponse à la question n° 1 (pièce IND-41). Voir aussi FDA Advisory – *Flavored Tobacco Products; What you need to know* (pièce IND-25).

¹² Directive, réponse à la question n° 2 (pièce IND-41).

¹³ Directive, réponse à la question n° 2 (pièce IND-41).

et de son étiquetage, est susceptible d'être proposé aux consommateurs, ou acheté par ceux-ci, en tant que cigarette décrite à l'alinéa A."¹⁴

2.11 La FDA précise dans sa Directive que l'interdiction qui figure à l'article 907 a) 1) A) s'applique aussi au tabac en vrac aromatisé et aux papiers à rouler et filtres destinés à être utilisés dans les cigarettes à rouler.¹⁵

C. CONTEXTE FACTUEL

1. Le régime législatif mis en place par les États-Unis pour la lutte antitabac

a) Historique des mesures de lutte antitabac mises en œuvre aux États-Unis

2.12 La commercialisation et la vente des produits du tabac aux États-Unis n'ont pas été beaucoup réglementées pendant la première moitié du XX^e siècle. En 1957, le Directeur général de la santé des États-Unis a déclaré qu'il y avait une relation de cause à effet entre le tabagisme et le cancer du poumon. Dans un rapport ultérieur élaboré en 1964, le Comité consultatif auprès du Directeur général de la santé a quantifié les atteintes à la santé causées par la consommation de cigarettes et a indiqué que le tabagisme accroissait le risque de contracter trois maladies particulières: cancer du poumon, emphysème et cardiopathie coronarienne.¹⁶

2.13 À la suite des constatations formulées dans le rapport susmentionné, les États-Unis ont adopté leur première loi fédérale importante concernant les produits du tabac: la *Loi fédérale sur l'étiquetage et la publicité des cigarettes*. Cette loi imposait, pour la première fois, la présence de mises en garde sanitaires sur les paquets de cigarettes.¹⁷ Les États-Unis ont encore réglementé les produits du tabac au cours des décennies qui ont suivi. Dans les années 1990, la FDA et le Congrès ont mené une enquête dans l'industrie du tabac des États-Unis "sur ce que les industriels savaient des dangers présentés par les cigarettes et leurs efforts pour les dissimuler, ainsi que sur leurs stratégies pour vendre des cigarettes aux enfants".¹⁸

2.14 Ces enquêtes ont débouché sur des procès intentés à titre privé contre des sociétés productrices de tabac et sur des poursuites engagées par plusieurs États pour récupérer le montant des coûts liés au tabac supportés par le système de santé publique. Au milieu des années 1990, presque chaque État des États-Unis avait engagé des poursuites contre l'industrie du tabac. Pour régler le litige, les cinq plus grandes sociétés productrices de tabac des États-Unis (Brown and Williamson Tobacco Corporation, Lorillard Tobacco Company, Phillip Morris Incorporated, RJ Reynolds Tobacco Company et Commonwealth Tobacco Company) ont signé un Accord-cadre sur le règlement ("MSA") avec les États. Entre autres choses, cet accord: i) établissait des versements annuels aux États jusqu'en 2025, pour un montant total de 206 milliards de dollars EU; ii) interdisait le parrainage par des marques et la publicité visant les jeunes; et iii) prévoyait la dissolution de certaines organisations de promotion de l'industrie du tabac.¹⁹ Le MSA n'interdisait aucun type de cigarettes et ne portait pas en particulier sur les cigarettes aromatisées.²⁰

2.15 Au début des années 2000, plusieurs sociétés, et en particulier RJ Reynolds, ont lancé sur le marché une nouvelle variété de cigarettes ayant des arômes caractérisants (vanille, chocolat/menthe,

¹⁴ Directive, réponse à la question n° 2 (pièce IND-41).

¹⁵ Directive, réponse aux questions n° 3 et 4 (pièce IND-41).

¹⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 79.

¹⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 80.

¹⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 81.

¹⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 83 et 84.

²⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 85 à 88.

citron vert, épice, pastèque, caramel et liqueur).²¹ L'Illinois et l'État de New York ont considéré que cela enfreignait l'interdiction de vendre des cigarettes aux jeunes inscrite dans le MSA, ce qui a conduit RJ Reynolds à signer un accord d'expédient avec les États signataires du MSA (l'"Accord d'expédient de 2006"), dans lequel la société s'engageait à retirer du marché les cigarettes aromatisées qu'elle vendait alors. L'Accord d'expédient de 2006 permettait à RJ Reynolds de créer ultérieurement de nouvelles marques de cigarettes aromatisées.²²

2.16 La FSPTCA est le fruit de plusieurs années d'efforts législatifs de la part des autorités fédérales des États-Unis.²³ En 1996, la FDA a revendiqué le pouvoir de réglementer les produits du tabac et a publié des règlements (adoptés en grande partie par la suite dans le cadre de la FSPTCA), y compris un règlement fixant à 18 ans l'âge minimum requis à l'échelle nationale pour acheter des produits du tabac et un autre interdisant les échantillons gratuits de produits du tabac, sauf dans les lieux réservés aux adultes.²⁴ En 1997, avant que ces règlements soient intégralement mis en œuvre, les sociétés productrices de tabac des États-Unis ont contesté le pouvoir réglementaire de la FDA et, en 2000, la Cour suprême des États-Unis a abrogé les règles de la FDA, au motif que le Congrès des États-Unis n'avait pas conféré à la FDA le pouvoir de réglementer les cigarettes et le tabac sans fumée mis habituellement sur le marché.²⁵

2.17 La Cour suprême des États-Unis a estimé qu'il incombait statutairement à la FDA de veiller à ce que les médicaments soient "sûrs et efficaces" pour le marché et que si les produits du tabac devaient relever de la compétence de la FDA, celle-ci serait forcée de les interdire tous sur la base de ses conclusions selon lesquelles ces produits étaient peu sûrs et dangereux; par conséquent, la Cour suprême a conclu que puisque le Congrès des États-Unis avait exclu une interdiction visant tous les produits du tabac, il ne pouvait pas avoir voulu que ces produits relèvent du pouvoir réglementaire de la FDA.²⁶

2.18 En réponse, le Congrès des États-Unis a élaboré une législation destinée spécifiquement à donner pouvoir à la FDA et a ordonné à celle-ci d'appliquer aux produits du tabac une norme différente de celle qui s'appliquait à tout autre produit ou dispositif qu'elle réglementait. À la suite de la décision rendue en 2000 par la Cour suprême selon laquelle le critère "de sûreté et d'efficacité" ne pouvait pas être appliqué aux produits du tabac sans exiger le retrait de ces produits du marché, le Congrès des États-Unis a autorisé la FDA à réglementer ces produits "selon qu'il sera[] approprié pour protéger la santé publique".²⁷ Un projet de loi interdisant les cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que le tabac ou le menthol a été présenté pour examen au Sénat et à la Chambre des représentants des États-Unis en 2004.²⁸ Le texte est passé par diverses versions au cours de la période 2004-2009, avant que sa version finale soit adoptée en 2009.²⁹

b) Le champ d'application de la FSPTCA

2.19 La FSPTCA a été promulguée en 2009 en vue de protéger la santé publique en conférant à la FDA le pouvoir de réglementer les produits du tabac.³⁰ Outre qu'elle constitue le premier élément de

²¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 48 (pièce US-35).

²² Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 89 à 92.

²³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 103 à 110.

²⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 103.

²⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 103 à 105.

²⁶ Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 134.

²⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 106 à 110.

²⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 308.

²⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 90 et 308.

³⁰ H.R. 1256, chapeau de la Loi (pièce IND-1).

la législation fédérale des États-Unis³¹ interdisant la production et la vente des cigarettes ayant certains arômes caractérisants, la FSPTCA impose des restrictions et des prescriptions importantes concernant la manière dont les produits du tabac sont fabriqués, commercialisés, distribués et vendus; elle habilite en outre la FDA à adopter des règlements supplémentaires selon qu'il sera approprié.³²

2.20 La FSPTCA réglemente la fabrication des produits du tabac, par exemple en habilitant la FDA à établir de nouvelles normes de produit en vue de réduire ou d'éliminer les ingrédients et les additifs nocifs ou de modifier d'une autre manière la conception et les caractéristiques des produits du tabac s'il est déterminé qu'une telle réglementation est appropriée pour protéger la santé publique.³³

2.21 En outre, la FSPTCA réglemente la commercialisation, par exemple en mettant en place toute une série de restrictions et de prescriptions relatives à la publicité³⁴, en exigeant la présence de mises en garde graphiques et autres informations³⁵ et en autorisant la FDA à établir des normes et des restrictions additionnelles en matière d'étiquetage, de publicité et de promotion des produits du tabac.³⁶

2.22 La FSPTCA réglemente en outre la distribution et la vente des produits du tabac, par exemple, en fixant à 18 ans l'âge minimum requis à l'échelle fédérale pour ce qui est de la vente de cigarettes³⁷ et en interdisant en général les échantillons gratuits.³⁸ Dans l'historique de l'élaboration de la FSPTCA, il est indiqué ce qui suit:

"Les efforts faits par le passé pour restreindre la publicité et la commercialisation des produits du tabac auprès des jeunes n'ont pas permis de limiter suffisamment l'usage du tabac par les adolescents. [La FSPTCA] confère à la FDA le pouvoir dont celle-ci a besoin pour adopter d'importantes restrictions concernant la vente, la promotion et la distribution des produits du tabac, actions dont la plupart des experts de la santé publique s'accordent à dire qu'elles peuvent réduire considérablement le nombre de personnes qui commencent à fumer et accroître considérablement le nombre de personnes qui arrêtent de fumer."³⁹

2.23 Conformément à la FSPTCA, la FDA a été chargée d'établir deux nouvelles entités: le Centre des produits du tabac ("CTP") qui, au sein de la FDA, est responsable de la mise en œuvre de la FSPTCA, et le Comité consultatif scientifique des produits du tabac ("TPSAC"), organisme de 12 membres chargé de conseiller le CTP sur les questions relatives aux taux de nicotine et sur d'autres questions en rapport avec les produits du tabac touchant la sécurité, la dépendance ou la santé.⁴⁰ En ce qui concerne les cigarettes mentholées, qui sont spécifiquement exclues de la prohibition imposée par l'article 907 a) 1) A), le TPSAC a été chargé en vertu de la FSPTCA "de remettre, dans l'année qui suit sa formation, un rapport à la FDA sur l'incidence du menthol contenu dans les cigarettes sur la

³¹ Avant l'entrée en vigueur de la FSPTCA, plusieurs États des États-Unis (y compris le Maine, Hawaï, le Massachusetts, le New Jersey, New York et le Minnesota) avaient envisagé la possibilité de prohiber la production et la vente des produits du tabac ayant certains arômes caractérisants. Réponse de l'Indonésie à la question n° 15 du Groupe spécial, paragraphe 46; observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 110 du Groupe spécial, paragraphe 72.

³² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 113.

³³ Article 907 a) 4) A) à D) de la FFDCA (pièce US-7).

³⁴ Article 102 a) de la FSPTCA (pièce US-7).

³⁵ Article 201 de la FSPTCA et article 915 b) de la FFDCA, par exemple (pièce US-7).

³⁶ Articles 906, 910 et 911 de la FFDCA (pièce US-7).

³⁷ Article 906 d) 3) A) ii) de la FFDCA (pièce US-7).

³⁸ Article 102 a) 2) G) de la FSPTCA (pièce US-7).

³⁹ H.R. Rep. n° 111-58, Pt. 1 (2009) (pièce US-67).

⁴⁰ Article 917 de la FFDCA (pièce US-7).

santé publique".⁴¹ Dans son rapport de mars 2011, qu'il a remis à la FDA le 18 mars 2011⁴², le TPSAC a indiqué que le "retrait des cigarettes mentholées du marché serait bénéfique pour la santé publique aux États-Unis".⁴³ Il a en outre proposé dans ce rapport qu'une évaluation plus poussée soit faite en ce qui concerne la contrebande des cigarettes mentholées et il a recommandé que des recherches soient menées afin de combler les lacunes sur les questions touchant les cigarettes mentholées et la santé publique. La FDA examinera plus en détail les recommandations faites par le TPSAC.⁴⁴

2. Le marché des cigarettes aux États-Unis

2.24 La consommation de tabac aux États-Unis est importante. Environ 20⁴⁵ à 26⁴⁶ pour cent de la population adulte du pays et 12⁴⁷ à 19⁴⁸ pour cent des jeunes fument. Les ventes de cigarettes aux États-Unis ont représenté approximativement 360 milliards d'unités en 2007⁴⁹, 346 milliards d'unités en 2008 et 317 milliards d'unités en 2009.⁵⁰

2.25 Au vu des données présentées par les parties, le Groupe spécial croit comprendre que la grande majorité des fumeurs des États-Unis consomment deux types de cigarettes: les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées.⁵¹ En particulier, un quart des fumeurs environ fument des cigarettes mentholées.⁵² La consommation de cigarettes aux clous de girofle a représenté approximativement 0,1 pour cent du marché des États-Unis entre 2000 et 2009.⁵³

2.26 Les importations de cigarettes aux clous de girofle aux États-Unis ont représenté environ 470 millions de cigarettes en 2007, 430 millions de cigarettes en 2008 et 220 millions de cigarettes en 2009.⁵⁴ La valeur de ces importations était d'environ 16,2 millions de dollars EU en 2007,

⁴¹ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 1. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

⁴² <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm247617.htm>.

⁴³ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 208. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

⁴⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 63 du Groupe spécial.

⁴⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 13.

⁴⁶ Réponse de l'Indonésie à la question n° 106 du Groupe spécial.

⁴⁷ Réponse de l'Indonésie à la question n° 106 du Groupe spécial.

⁴⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 13.

⁴⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 18; pièce IND-10; pièce US-100.

⁵⁰ Pièce US-100.

⁵¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 27.

⁵² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 32; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 32 (pièce IND-75).

⁵³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 13; réponse de l'Indonésie à la question n° 16 du Groupe spécial; réponse des États-Unis à la question n° 16 du Groupe spécial.

⁵⁴ Pièces US-100 et IND-68. L'Indonésie indique dans sa réponse à la question n° 80 du Groupe spécial qu'elle pense que les données relatives aux importations relevant de la position 24022010 du SH communiquées par la Commission du commerce international des États-Unis, qui figurent dans les pièces US-100 et IND-68, sont une représentation exacte des exportations vers les États-Unis de cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie. Nous notons que la pièce IND-68 ne contient que des renseignements sur la valeur des importations exprimée en dollars EU, tandis que la pièce US-100 contient des renseignements portant à la fois sur la valeur et le nombre de cigarettes. Nous indiquons donc les chiffres concernant le volume des importations de cigarettes aux clous de girofle aux États-Unis présentés dans la pièce US-100.

14,8 millions de dollars EU en 2008 et 7,5 millions de dollars EU en 2009.⁵⁵ Pendant ces trois années, presque toutes les cigarettes aux clous de girofle étaient importées d'Indonésie.⁵⁶

2.27 Le Groupe spécial croit savoir que, bien qu'il apparaisse que la grande majorité des cigarettes aux clous de girofle consommées aux États-Unis proviennent d'Indonésie, il y avait au moins une entreprise des États-Unis, Nat Sherman, qui fabriquait des cigarettes aromatisées au clou de girofle avant l'entrée en vigueur de la FSPTCA.⁵⁷

2.28 En ce qui concerne les cigarettes ayant d'autres arômes caractérisants visés par l'article 907 a) 1) A), il n'y a aucun élément de preuve de l'existence d'une quelconque part de marché non négligeable aux États-Unis avant la mise en œuvre de l'interdiction, en 2009.⁵⁸

3. Efforts internationaux pour limiter le tabagisme: la *Convention-cadre pour la lutte antitabac*

2.29 Au cours de la procédure, les parties ont fait référence à la *Convention-cadre pour la lutte antitabac* ("FCTC"), traité international administré par l'Organisation mondiale de la santé ("OMS"), dans le cadre des efforts internationaux actuels visant à limiter le tabagisme.⁵⁹ La FCTC a été négociée pour répondre aux préoccupations liées à une épidémie mondiale de tabagisme, exacerbée par l'accroissement du commerce international du tabac et de l'investissement étranger direct.⁶⁰ Ce traité vise à réduire la demande et l'offre de tabac. Il prévoit des prescriptions concernant la présentation de rapports nationaux et des stratégies visant à faciliter l'ajustement structurel pour les personnes dont les moyens de subsistance dépendent de la production du tabac. La FCTC est entrée en vigueur en 2005. Elle compte actuellement 172 parties. Les États-Unis sont signataires⁶¹ de la FCTC⁶², mais l'Indonésie ne l'est pas.⁶³

2.30 Une conférence des parties (COP), organisée tous les deux ans, négocie la mise en œuvre des articles de la Convention à la faveur de l'élaboration de lignes directrices ou de protocoles additionnels. À la quatrième COP, qui s'est tenue du 15 au 20 novembre 2010 à Punta del Este, un groupe de travail de la FCTC a présenté un projet de document intitulé *Directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention* en vue de promouvoir la mise en œuvre des articles 9 ("Réglementation de la composition des produits du tabac") et 10 ("Réglementation des

⁵⁵ Pièces US-100 et US-134.

⁵⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 18; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 35; pièces US-100 et US-134.

⁵⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 35.

⁵⁸ Réponse de l'Indonésie à la question n° 17 du Groupe spécial. Les États-Unis, en réponse à la question n° 17 du Groupe spécial, indiquent qu'ils n'ont pas été en mesure d'obtenir des données relatives à la part de marché de l'ensemble des produits interdits en vertu de l'article 907 a) 1) A) autres que les produits aux clous de girofle.

⁵⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 110 et 111; réponse de l'Indonésie aux questions n° 19 et 97 du Groupe spécial; première communication écrite des États-Unis, paragraphes 140 à 143; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 7, 13, 20 et 143; réponse des États-Unis aux questions n° 19 et 97 du Groupe spécial.

⁶⁰ <http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9242591017.pdf>.

⁶¹ L'Indonésie fait observer au paragraphe 110 de sa première communication écrite que les États-Unis ont signé la FCTC mais ne l'ont pas ratifiée.

⁶² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 141 et note de bas de page 178; réponse des États-Unis à la question n° 19 du Groupe spécial; première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.

⁶³ Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 178.

informations sur les produits du tabac à communiquer") de la FCTC.⁶⁴ La quatrième COP a adopté les "*Directives partielles* de l'OMS", qui ne sont pas contraignantes pour les parties.

2.31 Les *Directives partielles* disposent, entre autres choses, que "[d]u point de vue de la santé publique, il n'existe aucune justification pour autoriser l'utilisation d'ingrédients tels que des aromatisants qui aident à rendre les produits du tabac plus attractifs".⁶⁵ Dans ces directives, l'"attractivité" est définie comme désignant "des facteurs comme le goût, l'odeur et d'autres propriétés sensorielles, la facilité d'emploi, la souplesse du système de dosage, le coût, la réputation ou l'image, les risques ou les avantages présumés et d'autres caractéristiques d'un produit destinées à encourager l'utilisation".⁶⁶ Disposant au titre des généralités que "[l]a réglementation des ingrédients visant à réduire l'attractivité des produits du tabac peut contribuer à abaisser la prévalence du tabagisme et de la dépendance tant chez les nouveaux consommateurs que chez les consommateurs habituels", les *Directives partielles* de l'OMS "recommandent que des restrictions soient appliquées au plus grand nombre possible de caractéristiques visant à rendre les produits du tabac plus attrayants pour les consommateurs".⁶⁷

2.32 Les *Directives partielles* de l'OMS recommandent, entre autres choses, que les "Parties ... réglement[ent], en la limitant ou en l'interdisant, l'utilisation d'ingrédients pouvant servir à améliorer le goût des produits du tabac".⁶⁸ Les ingrédients visés sont notamment ceux: i) qui sont utilisés pour améliorer le goût; ii) qui ont des propriétés colorantes; iii) qui sont utilisés pour créer l'impression que le produit a des effets bénéfiques sur la santé; et iv) qui sont associés à l'énergie et à la vitalité. Parmi les ingrédients qui améliorent le goût mentionnés dans les *Directives partielles* de l'OMS figurent les édulcorants (par exemple, le glucose, les mélasses, le miel et le sorbitol), les agents masquants (par exemple, le benzaldéhyde, le maltol, le menthol et la vanilline), et les épices et extraits végétaux (par exemple la cannelle, le gingembre et la menthe).

III. DEMANDES DE CONSTATATIONS ET DE RECOMMANDATIONS PRÉSENTÉES PAR LES PARTIES

3.1 Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Indonésie demande au Groupe spécial de constater que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec les dispositions suivantes⁶⁹:

- a) l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et, à titre subsidiaire, l'article III:4 du GATT de 1994⁷⁰, parce qu'il aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui est accordé à un produit national similaire, les cigarettes mentholées;

⁶⁴ Le texte du projet de directive, qui a été adopté sans modification à la COP, est disponible en ligne à l'adresse suivante: http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_28draft-fr.pdf.

⁶⁵ Section 1.2.1.1. ("Attractivité").

⁶⁶ Section 1.3 ("Emploi des termes").

⁶⁷ Section 3.1.2.1 ("Ingrédients – Généralités").

⁶⁸ Le texte du projet de directives, qui a été adopté sans modification à la COP, est disponible en ligne à l'adresse suivante: http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_28draft-fr.pdf.

⁶⁹ Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Indonésie a présenté des allégations au titre de l'article XX du GATT de 1994 et des articles 2, 3, 5 et 7 de l'*Accord SPS*. Cependant, en réponse aux questions n° 1 et 20 du Groupe spécial, elle a précisé qu'elle n'alléguait pas de violation de l'article XX du GATT de 1994 et que la mesure en cause n'était pas une mesure SPS et n'était donc pas soumise à l'*Accord SPS*.

⁷⁰ Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Indonésie a présenté l'allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 comme étant une allégation principale. Cependant, au paragraphe 69 de sa première communication écrite et dans sa réponse à la question n° 25 du Groupe spécial, elle a précisé que son allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 était présentée à titre subsidiaire par rapport à son allégation concernant le traitement national présentée au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

- b) l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, parce qu'il est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime;
- c) l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, parce que les États-Unis n'ont pas répondu aux questions visant à obtenir une explication et une justification de l'interdiction, que l'Indonésie a posées pendant les discussions bilatérales du 27 août 2009 et par l'intermédiaire du Comité OTC le 20 août 2009 (G/TBT/W/323);
- d) l'article 2.8 de l'*Accord OTC*, parce que l'interdiction des cigarettes ayant des arômes caractérisants est fondée sur des caractéristiques descriptives;
- e) l'article 2.9 de l'*Accord OTC*, parce que les États-Unis n'ont pas satisfait aux prescriptions de l'article 2.9.1, 2.9.2, 2.9.3 et 2.9.4 de cet accord lorsqu'ils ont adopté un règlement technique qui a un effet notable sur le commerce de l'Indonésie;
- f) l'article 2.10 de l'*Accord OTC*, parce que, dans l'éventualité où les États-Unis ont pensé qu'il était justifié de ne pas suivre les procédures prévues à l'article 2.9 de cet accord, ils n'ont pas fourni au Secrétariat de notification indiquant la mesure et la nature urgente du problème;
- g) l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, parce que les États-Unis n'ont pas ménagé un délai raisonnable entre la date de publication et la date d'entrée en vigueur de la mesure; et
- h) l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, parce que l'interdiction des cigarettes ayant des arômes caractérisants a créé un obstacle non nécessaire aux exportations de l'Indonésie, pays en développement.

3.2 Les États-Unis demandent au Groupe spécial de rejeter les allégations de l'Indonésie dans leur intégralité.⁷¹

IV. ARGUMENTS DES PARTIES

4.1 On trouvera dans les annexes A, C et D du présent rapport (voir la liste des annexes, pages xv et xvi) les arguments des parties, tels qu'ils sont exposés dans les communications qu'elles ont présentées au Groupe spécial.

V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

5.1 On trouvera dans l'annexe B du présent rapport (voir la liste des annexes, pages xv et xvi) les arguments des tierces parties, tels qu'ils sont exposés dans les communications qu'elles ont présentées au Groupe spécial.

VI. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE

A. GÉNÉRALITÉS

6.1 Le 27 mai 2011, le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties. Le 10 juin 2011, l'Indonésie a informé le Groupe spécial qu'elle n'avait pas l'intention de demander le réexamen d'aspects précis du rapport intérimaire. Les États-Unis ont quant à eux demandé par écrit le réexamen d'aspects précis de ce rapport. Le 17 juin 2011, l'Indonésie a communiqué des observations

⁷¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 344.

sur un certain nombre de demandes de réexamen présentées par les États-Unis. Aucune des parties n'a demandé la tenue d'une réunion concernant le réexamen intérimaire.

6.2 Conformément à l'article 15:3 du Mémoire d'accord, la présente section du rapport du Groupe spécial présente un examen des arguments avancés durant la phase de réexamen intérimaire. Le Groupe spécial a modifié certains aspects de son rapport compte tenu des observations formulées par les parties chaque fois qu'il le jugeait approprié. Enfin, il a apporté à ce rapport un petit nombre de corrections d'ordre rédactionnel par souci de clarté et de précision. Les références aux sections, numéros de paragraphes et notes de bas de page figurant dans la présente Section VI renvoient au rapport intérimaire. S'il y a lieu, il est également fait référence à des paragraphes ou notes de bas de page du rapport final.

B. OBSERVATIONS DES ÉTATS-UNIS SUR LE RAPPORT INTÉrimAIRE

1. Aspects factuels

6.3 Le Groupe spécial note que les États-Unis lui ont présenté un certain nombre de demandes de réexamen portant sur le libellé de la Section II du présent rapport, qui avait déjà été soumis à l'examen des parties dans le cadre de la partie descriptive. Nous relevons que les États-Unis n'ont pas tiré parti de la période de deux semaines que le Groupe spécial avait ménagée aux fins de la formulation d'observations sur la partie descriptive pour suggérer ces modifications particulières. Néanmoins, le Groupe spécial a décidé d'accepter certaines des demandes de modification de la Section II du présent rapport suggérées par les États-Unis afin de garantir une description exacte des faits qu'il contient.

6.4 En ce qui concerne le paragraphe 2.13 du rapport intérimaire, les États-Unis suggèrent au Groupe spécial de modifier les troisième et quatrième phrases comme suit:

"Les États-Unis ont encore réglementé Les produits du tabac ~~ont encore été réglementés~~ au cours des décennies qui ont suivi, ~~mais ce n'est que~~ Dans les années 1990 ~~que les États-Unis ont intensifié leurs efforts pour lutter contre les maladies liées au tabac. À cette fin,~~ la FDA et le Congrès ont mené une enquête dans l'industrie du tabac des États-Unis "sur ce que les industriels savaient des dangers présentés par les cigarettes et leurs efforts pour les dissimuler, ainsi que sur leurs stratégies pour vendre des cigarettes aux enfants".[18]"

6.5 Les États-Unis estiment que cette modification apporte davantage de clarté et d'exactitude concernant l'historique de la réglementation du tabac aux États-Unis. Selon eux, on trouve les éléments étayant ces modifications aux paragraphes 80 et 81 de leur première communication écrite.

6.6 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.7 Le Groupe spécial accepte la suggestion des États-Unis et a modifié en conséquence le libellé du paragraphe 2.13 du rapport final.

6.8 S'agissant du paragraphe 2.14 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier les deux premières phrases comme suit:

"Ces enquêtes ont débouché sur des procès intentés à titre privé contre des sociétés productrices de tabac et sur des poursuites engagées par plusieurs États des États-Unis contre l'industrie du tabac en vue de pour récupérer le montant des coûts liés au tabac supportés par le système de santé publique. ~~Ces actions ont conduit à la signature d'~~ Au milieu des années 1990, presque chaque État des États-Unis avait engagé des poursuites contre l'industrie du tabac. Pour régler le litige, les cinq plus

grandes sociétés productrices de tabac des États-Unis (Brown and Williamson Tobacco Corporation, Lorillard Tobacco Company, Phillip Morris Incorporated, RJ Reynolds Tobacco Company et Commonwealth Tobacco Company) ont signé un Accord-cadre sur le règlement ("MSA") avec les États entre ces États et les cinq plus grandes sociétés productrices de tabac des États-Unis (Brown and Williamson Tobacco Corporation, Lorillard Tobacco Company, Phillip Morris Incorporated, RJ Reynolds Tobacco Company et Commonwealth Tobacco Company)."

6.9 Les États-Unis estiment que cette modification apporte davantage de clarté et d'exactitude concernant l'historique de la réglementation du tabac aux États-Unis. Selon eux, on trouve les éléments étayant cette modification aux paragraphes 82 et 83 de leur première communication écrite.

6.10 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.11 Le Groupe spécial accepte la suggestion des **États-Unis** et a modifié en conséquence le libellé du paragraphe 2.14 du rapport final.

6.12 En ce qui concerne le paragraphe 2.16 du rapport intérimaire, les États-Unis suggèrent au Groupe spécial de modifier la dernière phrase comme suit:

"En 1997, avant que ces règlements soient intégralement mis en œuvre, les sociétés productrices de tabac des États-Unis ont contesté le pouvoir réglementaire de la FDA et, en 2000, la Cour suprême des États-Unis a abrogé les règles de la FDA, au motif que le Congrès des États-Unis n'avait pas conféré à la FDA le pouvoir de réglementer les cigarettes et le tabac sans fumée mis habituellement sur le marché. [25]"

6.13 Les États-Unis estiment que cette modification permet d'assurer la conformité avec les autres références faites au Congrès des États-Unis dans le rapport intérimaire.

6.14 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.15 Le Groupe spécial accepte la suggestion des États-Unis et a modifié en conséquence le libellé du paragraphe 2.16 du rapport final.

6.16 S'agissant du paragraphe 2.21 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier ce paragraphe comme suit:

"En outre, la FSPTCA régleme la commercialisation, par exemple en mettant en place toute une série de restrictions et de prescriptions relatives à la publicité [34], en exigeant la présence de mises en garde graphiques et autres informations [35] et en autorisant la FDA à établir des normes et des restrictions additionnelles en matière d'étiquetage, de publicité et de promotion des produits du tabac. [36]"

6.17 Les États-Unis estiment que la législation adoptée avant la FSPTCA exigeait que certaines mises en garde figurent sur les produits du tabac et que cette modification précise que la FSPTCA exigeait spécifiquement la présence de mises en garde graphiques.

6.18 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.19 Le Groupe spécial accepte la suggestion des États-Unis et a modifié en conséquence le libellé du paragraphe 2.21 du rapport final.

6.20 En ce qui concerne le paragraphe 2.23 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier ce paragraphe comme suit:

"Dans son rapport de mars 2011, qu'il a remis à la FDA le 18 mars 2011 [42], le TPSAC a indiqué que le "retrait des cigarettes mentholées du marché serait bénéfique pour la santé publique aux États-Unis" [43]. Il a en outre proposé dans ce rapport qu'une évaluation plus poussée soit faite. La FDA examinera plus en détail les recommandations faites par le TPSAC. [44]"

6.21 Les États-Unis font valoir que, dans son rapport, le TPSAC liait sa recommandation à un examen de questions spécifiques demandant une évaluation plus poussée. Les États-Unis estiment que cette modification assure une exactitude et une exhaustivité plus grandes. Ils font valoir que l'on trouve les éléments étayant cette modification au paragraphe 12 de leur réponse à la question n° 115 a) du Groupe spécial, et au chapitre 8 du rapport du TPSAC (Contraband, Evasion, Illegal production and importation of menthol cigarettes, After Market Mentholation, Potential Menthol Black Market, and Other Considerations) (Contrebande, contournement, production et importation illicites de cigarettes mentholées, aromatisation au menthol après commercialisation, développement potentiel d'un marché noir du menthol et autres considérations).

6.22 L'**Indonésie** s'oppose à l'adjonction proposée par les États-Unis. En particulier, elle fait valoir que les États-Unis pourraient ainsi suggérer que l'"évaluation plus poussée" englobe la recommandation du TPSAC concernant l'interdiction du menthol. À son avis, toutefois, au chapitre 8 de son rapport, le TPSAC suggère deux questions pour lesquelles il est proposé de faire une évaluation plus poussée: i) le développement d'un marché noir des cigarettes mentholées, selon l'action qui serait entreprise par la FDA pour donner suite au rapport; et ii) "les lacunes sur les questions touchant les cigarettes mentholées et la santé publique". L'Indonésie propose de modifier comme suit le texte du paragraphe 2.23:

"Il a en outre proposé dans ce rapport qu'une évaluation plus poussée soit faite du développement potentiel du marché noir et que des recherches additionnelles soient menées afin de combler les lacunes sur les questions touchant les cigarettes mentholées et la santé publique."

6.23 Ayant examiné les observations des deux parties, le Groupe spécial a inséré au paragraphe 2.23 du rapport final la phrase proposée par les États-Unis et a complété le libellé conformément aux observations de l'Indonésie, en suivant le libellé utilisé dans le rapport du TPSAC. La phrase en question est libellée comme suit: "Il a en outre proposé dans ce rapport qu'une évaluation plus poussée soit faite en ce qui concerne la contrebande des cigarettes mentholées et il a recommandé que des recherches soient menées afin de combler les lacunes sur les questions touchant les cigarettes mentholées et la santé publique."

2. Question de savoir si l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC

6.24 En ce qui concerne le paragraphe 7.60 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier la dernière phrase comme suit:

"Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis font valoir que les caractéristiques physiques pertinentes qui différencient les cigarettes aux clous de girofle des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires sont: i) le mélange de tabac et de clous de girofle dans des quantités presque égales; ii) la "sauce spéciale" qu'elles contiennent; et iii) ~~l'existence~~ la présence d'eugénol. [169]"

- 6.25 Les États-Unis estiment que cette modification clarifie davantage le libellé.
- 6.26 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.
- 6.27 Le Groupe spécial accepte la suggestion des États-Unis et a modifié en conséquence le libellé du paragraphe 7.60 du rapport final.
- 6.28 S'agissant du paragraphe 7.64 du rapport intérimaire, les États-Unis suggèrent au Groupe spécial de modifier ce paragraphe comme suit:

"Les États-Unis disent que l'Indonésie n'a pas prouvé que les cigarettes aux clous de girofle indonésiennes et les cigarettes ordinaires ou les cigarettes mentholées sont considérées comme "interchangeables" sur le marché et l'accusent de présenter des données non fiables pour laisser entendre que le mode de consommation des cigarettes aux clous de girofle est similaire à celui des cigarettes au tabac ou des cigarettes mentholées, mais à une plus petite échelle. En fait, à la différence des ~~contrairement aux~~ cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées ne sont pas avant tout des cigarettes de débutant consommées par les jeunes aux États-Unis, parce qu'elles sont consommées par les adultes en grand nombre. [84]"

6.29 Les États-Unis estiment que cette modification traduit la nuance de leur argumentation. Ils soutiennent que l'on trouve les éléments étayant cette modification aux paragraphes 38 et 39 de leur réponse à la question n° 91 du Groupe spécial. Selon eux, ils affirmaient que les cigarettes mentholées n'étaient pas des cigarettes "de débutant" au même titre que les cigarettes aux clous de girofle et autres cigarettes aromatisées, étant donné que les clous de girofle et autres arômes étaient utilisés bien plus fréquemment durant la période d'initiation qu'à tout autre moment, tandis que les cigarettes mentholées étaient beaucoup consommées par les adultes. Les États-Unis font valoir qu'ils affirmaient que, comme toutes les cigarettes, les cigarettes mentholées pouvaient néanmoins être des cigarettes de débutant pour n'importe quelle personne.

6.30 L'**Indonésie** fait valoir que les paragraphes auxquels les États-Unis font référence portent davantage sur la consommation de cigarettes aux clous de girofle par les jeunes et indiquent seulement, concernant les cigarettes mentholées, que le mode de consommation est différent, en concluant que les "taux de consommation chez les jeunes et les adultes plus âgés sont bien plus uniformes". Par conséquent, l'Indonésie demande que le nouveau libellé proposé par les États-Unis soit révisé comme suit:

"À la différence des cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées ne sont pas avant tout des cigarettes de débutant consommées par les jeunes aux États-Unis parce que les taux de consommation chez les jeunes et les adultes plus âgés sont bien plus uniformes."

6.31 Ayant examiné les observations des deux parties, le Groupe spécial a modifié le libellé du paragraphe 7.64 du rapport final comme suit: "À la différence des cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées ne sont pas avant tout des cigarettes de débutant consommées par les jeunes aux États-Unis. Selon les États-Unis, les taux de consommation des cigarettes ordinaires et des cigarettes mentholées chez les jeunes et les adultes plus âgés sont bien plus uniformes."⁷²

6.32 S'agissant du paragraphe 7.139 du rapport intérimaire, les États-Unis suggèrent au Groupe spécial de modifier la première phrase comme suit:

⁷² Réponse des États-Unis à la question n° 91 du Groupe spécial, paragraphe 39.

"Toutefois, nous ne partageons pas l'avis des États-Unis selon lequel l'indication du produit national similaire dans une demande d'établissement d'un groupe spécial n'est rien d'autre ~~dans tous les cas~~ que de l'argumentation dans le présent différend."

6.33 Les États-Unis font valoir que cette modification clarifie leur position. Selon eux, ils avaient fait valoir que l'indication du "produit" national "similaire" constituait un aspect de l'argumentation visant à étayer (ou à réfuter) une allégation relative au traitement national formulée par une partie. Les États-Unis soutiennent qu'ils ne considèrent pas que l'indication du produit national similaire constitue nécessairement "dans tous les cas" un aspect de l'argumentation, et non pas un aspect de l'allégation elle-même. Ils font valoir que l'on trouve les éléments étayant cette clarification au paragraphe 7 de leur réponse à la question n° 83 du Groupe spécial.

6.34 L'**Indonésie** s'oppose à la modification suggérée par les États-Unis, au motif que le paragraphe 7 de leur réponse à la question n° 83 du Groupe spécial ne circonscrit pas l'affirmation des États-Unis aux seuls faits du présent différend.

6.35 Ayant examiné la suggestion des États-Unis et les observations y relatives de l'Indonésie, le Groupe spécial estime, comme l'Indonésie, qu'il apparaît que le paragraphe 7 de la réponse⁷³ des États-Unis à la question n° 83 du Groupe spécial n'étaye pas leur demande. Au contraire, le libellé du paragraphe pertinent indique que les États-Unis faisaient une déclaration générale s'appliquant dans tous les cas. Le Groupe spécial s'abstient donc d'inclure les termes "dans le présent différend" à la fin de la phrase considérée. Néanmoins, il a supprimé les termes "dans tous les cas" afin de mieux rendre compte du libellé du paragraphe 7 de la réponse en question. La phrase pertinente du paragraphe 7.139 du rapport final est libellée comme suit: "Toutefois, nous ne partageons pas l'avis des États-Unis selon lequel l'indication du produit national similaire dans une demande d'établissement d'un groupe spécial n'est rien d'autre que de l'argumentation."

6.36 S'agissant du paragraphe 7.170 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier la deuxième phrase comme suit:

"L'Indonésie déclare que les cigarettes mentholées ont aussi leurs propres agents aromatisants qui sont appelés "sauce" ou "sauçage". [366] À cet égard, les États-Unis font valoir que la sauce spéciale utilisée pour les cigarettes aux clous de girofle indonésiennes n'est pas identique au "sauçage" qui est utilisé dans toutes les cigarettes, y compris les cigarettes mentholées [367] parce que les fabricants de cigarettes aux clous de girofle conçoivent et commercialisent spécifiquement la sauce pour son attrait unique, alors que les fabricants de cigarettes mentholées et de cigarettes ordinaires ne procèdent pas de la sorte."

6.37 Les États-Unis estiment que cette modification montre avec davantage de clarté qu'ils avaient fait valoir que l'une des différences entre le "sauçage" des cigarettes ordinaires ou mentholées et la "sauce spéciale" des cigarettes aux clous de girofle était cette "sauce spéciale" qui faisait partie de la commercialisation et de l'attrait unique des cigarettes aux clous de girofle. Les États-Unis font valoir que l'on trouve les éléments étayant cette modification au paragraphe 19 de leur réponse à la question n° 87 du Groupe spécial.

⁷³ Le paragraphe pertinent est libellé comme suit:

"Les produits nationaux à prendre en considération dans l'analyse du produit similaire au titre de l'article III sont des éléments de l'argumentation des parties au différend visant à étayer (ou à réfuter) l'allégation relative au traitement national et ils devraient être présentés dans les communications écrites et orales des parties au Groupe spécial. Les produits nationaux utilisés comme base de l'argumentation ne relèveraient donc pas du mandat du Groupe spécial."

6.38 L'Indonésie s'oppose à la modification proposée par les États-Unis. À son avis, le paragraphe 19 ne dit rien sur la commercialisation ni sur les cigarettes mentholées ou ordinaires. Elle soutient qu'aucun élément de preuve versé au dossier ne vient étayer l'allégation des États-Unis selon laquelle les fabricants de cigarettes mentholées et de cigarettes ordinaires ne commercialisent pas le goût ou l'arôme obtenus grâce au sauçage ou aux aromatisants utilisés dans ces cigarettes. Pour rendre compte avec plus d'exactitude du paragraphe 19 de la réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial, l'Indonésie suggère de remplacer le libellé proposé par les États-Unis par le libellé suivant: "parce que les fabricants de cigarettes aux clous de girofle utilisent une recette spéciale essentielle à l'arôme spécifique de ces cigarettes".

6.39 Ayant examiné la suggestion des États-Unis et les observations y relatives de l'Indonésie, le Groupe spécial est d'avis que le paragraphe 19 de la réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial⁷⁴ ne contient pas le texte qu'ils proposent. Le Groupe spécial s'abstient donc d'apporter la modification suggérée par les États-Unis, mais il a néanmoins ajouté le libellé suivant, extrait de cette réponse, au texte du paragraphe 7.170 du rapport final: "Ils expliquent que l'arôme conféré par la sauce fait partie de l'arôme essentiel et de l'identité des produits."

6.40 En ce qui concerne le paragraphe 7.183 du rapport intérimaire, les États-Unis suggèrent au Groupe spécial de modifier ce paragraphe comme suit:

"S'agissant de la toxicité, les deux parties conviennent que toutes ces cigarettes sont délétères pour la santé et peuvent entraîner la mort. ~~Les deux parties sont convenues initialement que la toxicité relative de ces cigarettes n'était pas contestée en l'espèce. Toutefois, En outre, il apparaît que les États-Unis ont modifié leur position dans leur deuxième communication écrite, dans laquelle ils ont soutenu que certains additifs contenus dans les cigarettes aux clous de girofle, tels que l'eugénol et la coumarine, étaient particulièrement délétères pour la santé. [386]"~~

6.41 Les États-Unis estiment que cette modification clarifie la position qu'ils ont adoptée tout au long de la procédure. Ils font valoir que l'on trouve les éléments étayant cette modification aux paragraphes 164 et 166 de leur première communication écrite. Selon les États-Unis, ils ont systématiquement fait valoir, y compris dans leur première communication, que toutes les cigarettes étaient délétères et pouvaient entraîner la mort, mais que les cigarettes aux clous de girofle présentaient aussi des risques particuliers pour la santé. Les États-Unis soutiennent qu'ils ont donné davantage de précisions sur les risques particuliers que les cigarettes aux clous de girofle présentaient pour la santé dans leur réfutation des arguments de l'Indonésie et dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial. Ce faisant, selon eux, ils n'ont pas modifié leur position.

6.42 L'Indonésie s'oppose à la modification suggérée par les États-Unis. En particulier, elle relève que le texte de la première communication des États-Unis auquel ces derniers font référence ne vient pas étayer l'adjonction du terme "particulièrement". Pour l'Indonésie, les éléments de preuve fournis par les deux parties montrent que l'effet d'engourdissement de la gorge n'est pas propre à l'eugénol des cigarettes aux clous de girofle car le menthol présente cette même propriété, et que la coumarine n'est pas spécifiquement interdite en tant qu'additif dans les cigarettes. L'Indonésie fait référence, pour

⁷⁴ Le paragraphe 19 est libellé comme suit:

"La sauce utilisée dans les cigarettes aux clous de girofle n'est pas un "sauçage" générique – c'est une recette spéciale essentielle à l'arôme spécifique des cigarettes aux clous de girofle. Il n'existe pas non plus d'éléments de preuve indiquant que la description de la sauce spéciale ajoutée aux cigarettes aux clous de girofle est simplement une stratégie de commercialisation passagère ou temporaire;⁷⁴ au lieu de cela, l'arôme conféré par la sauce fait partie de l'arôme essentiel et de l'identité des produits. L'Indonésie n'a pas présenté d'éléments de preuve concernant les ingrédients et l'arôme de la sauce pour réfuter ce que sa propre industrie soutient."

étayer sa position, à la note de bas de page 210 de la première communication écrite des États-Unis, à la pièce US-73, pages 705 et 708, et à la pièce IND-21.

6.43 Ayant examiné les suggestions des États-Unis et les observations y relatives de l'Indonésie, le Groupe spécial s'abstient d'apporter les modifications proposées par les États-Unis. Le Groupe spécial est d'avis que le libellé du paragraphe 7.183 du rapport final rend correctement compte de l'argumentation présentée par les États-Unis.

6.44 S'agissant du paragraphe 7.203 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier ce paragraphe comme suit:

"Les États-Unis considèrent que les consommateurs pertinents sont tous les fumeurs potentiels et actuels aux États-Unis et définissent les consommateurs "potentiels" comme les jeunes qui ont l'âge de s'initier à la cigarette. Ils définissent les fumeurs "actuels" comme incluant les adultes plus âgés. Les États-Unis déclarent qu'il faudrait évaluer et prendre en compte les habitudes de consommation aussi bien des jeunes en période d'initiation que des adultes plus âgés dans le cadre du critère des "goûts et habitudes des consommateurs" utilisé pour l'analyse du produit similaire, et eu égard au fondement de la mesure, à savoir la santé publique."

6.45 Les États-Unis font valoir que cette modification offre un résumé plus complet de leur argument concernant les consommateurs pertinents aux fins de l'analyse du produit similaire. Ils estiment que l'on trouve les éléments étayant cette modification au paragraphe 42 de leur réponse à la question n° 92 du Groupe spécial et au paragraphe 17 de leurs observations sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial. Selon eux, l'argument qu'ils avancent concernant la pertinence des consommateurs "actuels", y compris les adultes, dans l'analyse du produit similaire est aussi important que leur argument concernant les "consommateurs potentiels".

6.46 L'**Indonésie** s'oppose à la modification proposée par les États-Unis. En particulier, elle soutient que les paragraphes cités par les États-Unis à l'appui de la modification suggérée ne contiennent pas la définition des fumeurs "actuels" proposée par les États-Unis. À son avis, la réponse initiale des États-Unis et leurs observations sur la réponse de l'Indonésie soulignaient la nécessité d'inclure les consommateurs "potentiels" comme en rend compte le rapport du Groupe spécial.

6.47 Ayant examiné la suggestion des États-Unis et les observations y relatives de l'Indonésie, le Groupe spécial estime, comme l'Indonésie, que les paragraphes auxquels les États-Unis font référence n'incluent pas de définition de l'expression "fumeurs actuels". Nous sommes toutefois d'accord avec les États-Unis lorsqu'ils font valoir la pertinence des habitudes de consommation dans l'analyse du produit similaire, en particulier au regard du critère des "goûts et habitudes des consommateurs". Le Groupe spécial a par conséquent ajouté la phrase suivante au texte du paragraphe 7.203 du rapport final: "Ils déclarent qu'il faudrait évaluer et prendre en compte les habitudes de consommation des jeunes en période d'initiation à la cigarette et des fumeurs réguliers plus âgés dans le cadre du critère des goûts et habitudes des consommateurs utilisé pour l'analyse du produit similaire, et eu égard au fondement de la mesure, à savoir la santé publique."

6.48 En ce qui concerne le paragraphe 7.272 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de diviser ce paragraphe en deux et d'en modifier le libellé comme suit:

"Selon les États-Unis, le Groupe spécial devrait comparer le traitement accordé à toutes les cigarettes importées (dans la mesure où elles sont similaires), et pas simplement aux cigarettes aux clous de girofle, avec le traitement accordé à toutes les cigarettes produites dans le pays (dans la mesure où elles sont similaires). Partant de

ce point de vue, les États-Unis soulignent que l'article 907 a) 1) A) s'applique aux cigarettes ayant des arômes caractérisants, tant importées que nationales, qui forment une catégorie restreinte de cigarettes en général. En outre, l'interdiction ne s'applique pas aux cigarettes ordinaires ni aux cigarettes mentholées de quelque origine qu'elles soient, y compris les cigarettes ordinaires importées d'Indonésie et les cigarettes mentholées, tant importées que nationales.

[Nouveau paragraphe 7.273]

De l'avis des États-Unis, l'Indonésie a tort d'affirmer que l'article 907 a) 1 A) accorde un traitement moins favorable "si *une* cigarette indonésienne importée est incluse parmi les arômes caractérisants interdits et qu'*une* cigarette produite aux États-Unis ne l'est pas". [494] Pour les États-Unis, l'approche relative au "meilleur traitement" préconisée par l'Indonésie est incompatible avec le texte de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Les États-Unis estiment qu'en fait, comme l'a établi l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, la comparaison pertinente se fait entre le *groupe* des produits importés "similaires" et le *groupe* des produits nationaux "similaires". [495] Selon eux, l'Organe d'appel a reconnu qu'un Membre pouvait établir des distinctions entre des produits jugés "similaires" sans protéger la production nationale ni accorder un traitement moins favorable aux produits importés. [496]"

6.49 Les États-Unis estiment que cette modification clarifie leur position. Ils font observer que l'on trouve les éléments étayant cette modification aux paragraphes 54 à 56 de leur déclaration orale liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial. Selon eux, ils ont fait valoir que le traitement de tous les produits dont il avait été établi qu'ils étaient "similaires" – tant importés que nationaux – fournissait des éléments de preuve pertinents pour l'analyse du traitement moins favorable. Ils affirment avoir fait valoir que le Groupe spécial devrait prendre en considération les cigarettes au tabac ordinaires importées d'Indonésie, ainsi que les cigarettes mentholées qui étaient importées, et les autres cigarettes aromatisées de toute origine.

6.50 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification suggérée par les États-Unis.

6.51 Le Groupe spécial accepte la modification proposée par les États-Unis et a modifié le libellé du paragraphe 7.272 du rapport final en conséquence. Toutefois, il préfère conserver un seul paragraphe.

6.52 S'agissant du paragraphe 7.289 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier la deuxième phrase comme suit:

"Les États-Unis ont dit au présent Groupe spécial qu'ils n'incluaient pas les cigarettes mentholées, dont nous avons constaté qu'elles étaient similaires aux cigarettes aux clous de girofle aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, parce qu'agir ainsi sans procéder à une évaluation plus poussée ne serait pas approprié sur le plan de la santé publique, à cause de problèmes comme l'incidence potentielle sur le système de soins de santé et l'émergence potentielle d'un marché noir et d'une contrebande de cigarettes mentholées. [518]"

6.53 Les États-Unis font valoir que cette modification rend compte de leur position avec davantage d'exactitude. Ils font aussi valoir que l'on trouve les éléments étayant cette modification aux paragraphes 107 à 110 de leur première communication écrite, aux paragraphes 9 à 32 de leur deuxième communication écrite et aux paragraphes 34 et 35 de leur réponse à la question n° 92 b) du Groupe spécial, aux paragraphes 34 et 35. Ils affirment avoir fait valoir qu'il ne serait pas approprié

d'interdire le menthol sans procéder à une évaluation plus poussée, étant donné que l'interdiction d'un produit aussi dépendogène et aussi largement utilisé pourrait avoir des conséquences négatives pour la santé publique et être irréalisable, impossible ou inopérante.

6.54 L'**Indonésie** s'oppose à la modification suggérée par les États-Unis. Elle souligne, premièrement, que la référence faite par les États-Unis pour étayer leur point de vue est incorrecte car elle estime que la question pertinente à cet égard est la question n° 90 b) du Groupe spécial, et non pas la question n° 92 b). Deuxièmement, l'Indonésie soutient qu'aucune des sources que les États-Unis indiquent au Groupe spécial à l'appui du nouveau libellé qu'ils proposent ne traite de la possibilité d'interdire les cigarettes mentholées sous réserve d'une "évaluation plus poussée". À son avis, les sections des communications des États-Unis auxquelles ceux-ci font référence défendent l'approche contenue dans l'article 907 et tentent de justifier l'exemption des cigarettes mentholées. La réponse des États-Unis à la question n° 90 b) du Groupe spécial indique que leur décision était le résultat d'un "souplesse pragmatique et raisonnable". Pour l'Indonésie, aucune des déclarations des États-Unis auxquelles ces derniers font référence, y compris leur réponse à la question n° 90 b) du Groupe spécial (paragraphe 34), n'indique que l'interdiction des aromatisants serait réévaluée et potentiellement élargie en vue de l'inclusion du menthol à la suite d'une "évaluation plus poussée". En fait, l'Indonésie estime que le paragraphe 53 indique que cela n'était "pas possible" et qu'il n'y avait aucune intention d'interdire la plupart des cigarettes. Le Groupe spécial ne devrait donc pas accepter l'adjonction du membre de phrase "parce qu'agir ainsi sans procéder à une évaluation plus poussée ne serait pas approprié sur le plan de la santé publique, à cause de problèmes comme".

6.55 Ayant examiné la suggestion des États-Unis et les observations y relatives de l'Indonésie, le Groupe spécial accepte la modification proposée par les États-Unis et modifie en conséquence le paragraphe 7.289 du rapport final. Selon lui, l'Indonésie fait valoir à tort que les États-Unis n'ont pas, dans leurs communications, fait référence à la nécessité de procéder à une évaluation plus poussée concernant les cigarettes mentholées. En particulier, nous notons que le paragraphe 34 de la première communication écrite des États-Unis est libellé comme suit: "Les États-Unis font par ailleurs valoir que, "[b]ien que les cigarettes mentholées ne soient pas interdites, ce sont, comme toutes les cigarettes, des produits incontestablement délétères. La consommation de cigarettes mentholées par le grand public et les méthodes de publicité et de commercialisation du produit utilisées par les cigarettiers demeurent une question très préoccupante pour le Congrès, la FDA et les défenseurs de la santé, et continuent à faire l'objet d'études approfondies aux États-Unis. En particulier, à l'article 907 e) de la FSPTCA, le Congrès a chargé un comité légalement institué, le Comité consultatif scientifique des produits du tabac ("TPSAC"), de "rendre un rapport et formuler une recommandation sur la question de l'incidence de l'utilisation du menthol dans les cigarettes sur la santé publique, y compris chez les enfants, les afro-américains, les hispaniques et autres minorités raciales ou ethniques". L'examen de cette question par le TPSAC est en cours". En outre, aux paragraphes 21 et 23 de leur deuxième communication écrite, les États-Unis font valoir que "la prohibition des produits aromatisés au tabac et au menthol, qui sont très largement consommés, peut avoir des conséquences négatives" et qu'ils "ont chargé le TPSAC d'étudier de manière approfondie les cigarettes aromatisées au menthol de façon à mieux comprendre les questions de santé publique liées à d'éventuelles restrictions futures". Toutefois, l'Indonésie a raison de dire que les États-Unis ont fait référence à tort aux paragraphes 34 et 35 de leur réponse à la question n° 92 b) du Groupe spécial (paragraphes 34 et 35). Il s'agit en fait des paragraphes 34 et 35 de la réponse des États-Unis à la question n° 90 b).

3. Question de savoir si l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC

6.56 En ce qui concerne le paragraphe 7.319 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier la note de bas de page 584 comme suit:

"Le Groupe spécial note que les États-Unis ont fait valoir que leur position selon laquelle l'objectif de l'article 907 a) 1) A) incluait la considération des conséquences négatives pour la santé publique était étayée par le texte dudit article lui-même, ainsi que par d'autres dispositions de l'article 907, y compris l'article 907 b) 2). Comme les États-Unis l'ont indiqué, l'article 907 b) 2) exige que la FDA examine les conséquences négatives de toute nouvelle norme proposée concernant les produits du tabac, ou de toute proposition de révision ou d'abrogation d'une norme existante, avant d'approuver, de réviser ou d'abroger une telle norme. Réponse des États-Unis aux questions n° 60, 100 du Groupe spécial."

6.57 Les États-Unis font valoir que cette modification résume avec plus d'exactitude leur position concernant l'objectif de l'article 907 a) 1) A). Selon eux, ce n'est pas seulement le libellé de l'article 907 a) 1) A), mais aussi d'autres dispositions de l'article 907 qui viennent étayer leur position selon laquelle l'objectif inclut la considération des conséquences négatives.

6.58 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.59 Le Groupe spécial reconnaît que le texte additionnel proposé par les États-Unis résumerait avec plus d'exactitude leur position sur ce qu'est l'objectif de l'article 907 a) 1) A). En conséquence, il a apporté cette modification à la note de bas de page 588 du rapport final.

6.60 S'agissant du paragraphe 7.321 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier la note de bas de page 590 comme suit:

"Les États-Unis croient comprendre que la partie plaignante n'établit pas l'existence d'une infraction à l'article 2.2 en prouvant qu'il existe une mesure de rechange réalisant l'objectif légitime du Membre importateur au niveau que le Membre considère approprié, qui est moins restrictive pour le commerce, mais seulement d'un montant de *minimis*. Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 263 (citant la lettre adressée par M. Peter D. Sutherland, Directeur général du GATT, à M. l'Ambassadeur John Schmidt, négociateur principal des États-Unis (15 décembre 1993), pièce US-79). Toutefois, étant donné que toutes les mesures de rechange proposées par l'Indonésie n'interdisent pas le commerce des cigarettes aromatisées, les États-Unis estiment qu'il apparaîtrait que la question de savoir si l'article 2.2 contient une norme "sensiblement moins restrictive pour le commerce" "ne se pose pas dans le présent différent". Réponse des États-Unis à la question n° 57 du Groupe spécial, paragraphe 130."

6.61 Les États-Unis font valoir que cette modification résume leur argument avec plus d'exactitude.

6.62 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.63 Le Groupe spécial reconnaît que le texte additionnel proposé par les États-Unis résumerait son argumentation avec plus d'exactitude. En conséquence, il a apporté cette modification à la note de bas de page 594 du rapport final.

6.64 En ce qui concerne les paragraphes 7.362 et 7.363 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial d'insérer le texte suivant après la deuxième phrase du paragraphe 7.363:

"Les États-Unis notent par ailleurs que si l'article XX b) est axé sur la question de savoir si une mesure est nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, l'article 2.2 s'applique de

manière plus générale à tout objectif légitime et est axé sur la question de savoir si le degré de restriction du commerce est nécessaire, plutôt que sur celle de savoir si la mesure est nécessaire pour réaliser un objectif. Une raison pour laquelle ces exemples sont importants est que ce ne sont pas seulement les règlements techniques pouvant être considérés comme "nécessaires" qui sont compatibles avec les prescriptions de l'article 2.2. De l'avis des États-Unis, l'article 2.2 ne limite pas la faculté qu'a un Membre d'appliquer des règlements techniques qu'il juge souhaitables, plutôt que nécessaires. En outre, comme nous l'avons noté plus haut [rapport intérimaire, paragraphe 7.323], les États-Unis ont fait valoir que ces différences signifiaient que l'élément "contribution importante" de la jurisprudence au titre de l'article XX b) ne faisait pas partie de l'analyse au titre de l'article 2.2. Au lieu de cela, le critère de l'article 2.2 est différent – il porte sur le point de savoir si la mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime au niveau recherché par le Membre."

6.65 Les États-Unis font valoir que cette modification permet de présenter leur argument avec exactitude. Ils estiment que l'on trouve les éléments étayant cette modification dans la réponse des États-Unis à la question n° 103 a) du Groupe spécial, paragraphes 78 et 79, aux paragraphes 181 et 182 de leur deuxième communication écrite et dans leur réponse à la question n° 55 du Groupe spécial, paragraphes 121 à 125.

6.66 Les États-Unis ne souscrivent pas à la déclaration faite par le Groupe spécial au paragraphe 7.362, selon laquelle "[ils] n'ont en fait indiqué aucune différence importante entre les critères élaborés au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 et au titre de l'article 5:6 de l'Accord SPS, ni aucun aspect de la jurisprudence au titre de l'article XX b) relative à l'interprétation du terme "nécessaire" qui serait inapplicable à l'article 2.2 de l'Accord OTC." Les États-Unis font valoir qu'ils l'ont fait. Par exemple, si les articles XX b) du GATT de 1994 et 2.2 de l'Accord OTC utilisent tous les deux le terme "nécessaire", le reste de ces deux dispositions est très différent. Selon eux, l'emploi d'un même mot n'est pas suffisant pour indiquer qu'il est approprié d'appliquer les concepts interprétatifs utilisés dans un contexte dans l'autre contexte. Les États-Unis affirment que l'article XX b) du GATT de 1994 est axé sur la question de savoir si une mesure est nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. L'article 2.2 de l'Accord OTC s'applique de manière plus générale à tout objectif légitime et est axé sur la question de savoir si le degré de restriction du commerce est nécessaire, plutôt que sur celle de savoir si la mesure est nécessaire pour réaliser un objectif. Selon les États-Unis, ce ne sont pas seulement les règlements techniques pouvant être considérés comme "nécessaires" qui sont compatibles avec les prescriptions de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Ils font valoir que l'article 2.2 de l'Accord OTC ne limite pas la faculté qu'a un Membre d'appliquer des règlements techniques qu'il juge souhaitables plutôt que nécessaires. En outre, comme il est reconnu au paragraphe 7.323 du rapport intérimaire, les États-Unis estiment avoir fait valoir que ces différences signifiaient que l'élément "contribution importante" de la jurisprudence au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 ne faisait pas partie de l'analyse dans le cadre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Au lieu de cela, selon les États-Unis, le critère de l'article 2.2 de l'Accord OTC est différent: il porte sur le point de savoir si une mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime au niveau recherché par le Membre.

6.67 L'Indonésie ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.68 Le Groupe spécial croit comprendre que les États-Unis demandent l'adjonction d'un nouveau texte au paragraphe 7.363 pour rendre compte de leur argument selon lequel la question qui se pose au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 est celle de savoir si la *mesure elle-même* est nécessaire, alors qu'au titre de l'article 2.2, c'est celle de savoir si le *degré du caractère restrictif pour le commerce* est nécessaire. Le Groupe spécial estime, comme les États-Unis, qu'il pourrait être rendu

compte de cet argument avec plus de clarté dans le rapport. Toutefois, il considère que l'insertion du texte additionnel suggéré par les États-Unis après la première phrase du paragraphe 7.363 pourrait créer une certaine confusion quant à l'argument auquel le Groupe spécial répond dans le reste de ce paragraphe. En conséquence, le Groupe spécial a ajouté le texte suivant à la note de bas de page 662 existante du rapport final afin de rendre compte de l'argument des États-Unis et d'y répondre:

"Sur la base de cette différence de libellé entre l'article XX b) du GATT de 1994 et l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, les États-Unis font valoir également qu'il existe une autre différence importante entre ces dispositions, à savoir que la question qui se pose au titre de l'article XX b) est de savoir si la *mesure elle-même* est nécessaire, alors que la question qui se pose au titre de l'article 2.2 est de savoir si le *degré du caractère restrictif pour le commerce* est nécessaire (deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 181; réponse des États-Unis à la question n° 55 du Groupe spécial, paragraphe 123). Nous pensons comme les États-Unis que l'article XX b) est rédigé du point de vue de la question de savoir si la mesure restrictive pour le commerce est nécessaire pour réaliser son objectif, alors que l'article 2.2 est rédigé du point de vue de la question de savoir si le degré du caractère restrictif pour le commerce de cette mesure est nécessaire pour réaliser son objectif. Toutefois, les États-Unis n'ont pas expliqué pourquoi ni comment une analyse axée sur la nécessité du "caractère restrictif pour le commerce" d'une mesure restrictive pour le commerce serait sensiblement différente d'une analyse axée sur la nécessité de cette mesure restrictive pour le commerce. Par exemple, les arguments des États-Unis en l'espèce suggèrent qu'un groupe spécial analysant la nécessité du *degré du caractère restrictif pour le commerce* d'une mesure restrictive pour le commerce au titre de l'article 2.2 (par opposition à la nécessité d'une *mesure* restrictive pour le commerce) devrait quand même examiner la mesure dans laquelle cette *mesure* apporte une "contribution" à la réalisation de son objectif. À cet égard, nous rappelons que les États-Unis reconnaissent que "[m]ême si l'article 2.2 n'exige pas que la mesure réalise son objectif, il est difficile de croire qu'une mesure qui ne réalise pas son objectif complètement – c'est-à-dire une mesure qui n'apporte même pas une contribution marginale à la réalisation de son objectif – pourrait être jugée compatible avec l'article 2.2" (réponse des États-Unis à la question n° 103 a) du Groupe spécial)."

6.69 S'agissant du paragraphe 7.365 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial d'ajouter à la fin de la première phrase une nouvelle note de bas de page libellée comme suit:

"Nouvelle note de bas de page 661:

Le Groupe spécial note que les États-Unis affirment en outre qu'une lettre adressée en 1993 à M. l'Ambassadeur John Schmidt, négociateur principal des États-Unis, par M. Peter D. Sutherland, Directeur général du GATT, pièce US-79, fournit un élément additionnel, en tant que moyen complémentaire d'interprétation visé par l'article 32 de la Convention de Vienne, qui étaye l'idée que l'article 2.2 de l'*Accord OTC* devrait être interprété de façon similaire à l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, et en particulier qu'une mesure ne peut pas être considérée comme plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire en l'absence d'une mesure de rechange raisonnablement applicable qui est "sensiblement" moins restrictive pour le commerce."

6.70 Les États-Unis font valoir que cette modification résume leur argument avec plus d'exactitude. Ils affirment que l'on trouve les éléments étayant ces modifications au paragraphe 178 de leur deuxième communication écrite.

6.71 Selon les États-Unis, la lettre adressée en 1993 par le Directeur général du GATT (pièce US-79) apporte un élément additionnel, en tant que moyen complémentaire d'interprétation visé par l'article 32 de la Convention de Vienne, qui étaye le fait que l'article 2.2 de l'*Accord OTC* devrait être interprété de façon similaire à l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, et, de manière plus précise, qu'une mesure ne peut être considérée plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire en l'absence d'une mesure de rechange raisonnablement disponible qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce.

6.72 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.73 Le Groupe spécial reconnaît que le texte additionnel proposé par les États-Unis résumerait son argument avec davantage d'exactitude. En conséquence, il a ajouté une nouvelle note de bas de page, la note 665, à la fin de la première phrase du paragraphe 7.365 du rapport final, qui contient le texte proposé par les États-Unis.

6.74 En ce qui concerne le paragraphe 7.392 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier ce paragraphe comme suit:

"En conséquence, nous ne considérons pas que les données ~~chiffres~~ ~~provenant~~ d'enquête fournies par l'Indonésie offrent une base ~~très solide~~ suffisante pour déterminer que si l'interdiction ~~visant~~ des cigarettes aux clous de girofle n'apporte pas une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes."

6.75 Les États-Unis estiment que cette modification est nécessaire puisque le Groupe spécial a constaté que les propres éléments de preuve de l'Indonésie établissaient que les cigarettes aux clous de girofle étaient consommées d'une manière disproportionnée par des jeunes de 17 ans ou moins (voir, par exemple, les paragraphes 7.390 et 7.391 du rapport intérimaire) et pour faire en sorte que la déclaration du Groupe spécial ne soit pas interprétée d'une manière erronée à cet égard.

6.76 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.77 Le Groupe spécial estime, comme les États-Unis, que la déclaration figurant au paragraphe 7.392 du rapport intérimaire pourrait être interprétée d'une manière erronée. Par souci de clarté, il a modifié le libellé du paragraphe 7.392 du rapport final de la manière proposée par les États-Unis.

6.78 En ce qui concerne le paragraphe 7.426 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier la dernière phrase comme suit:

"Ce qui est plus important, toutefois, c'est qu'il n'est pas évident que les lois mises en œuvre à ce jour par d'autres pays doivent servir de sorte de point de repère pour les États-Unis ou tout autre Membre souverain de l'OMC, en particulier quand l'Indonésie n'a pas établi les objectifs de ces mesures étrangères, ni le niveau auquel lesdites mesures réalisaient leurs objectifs respectifs, et n'a pas non plus établi que les objectifs des mesures étrangères étaient les mêmes que l'objectif des États-Unis, ni que les pays étrangers cherchaient à réaliser cet objectif au même niveau que les États-Unis cherchaient à le faire."

6.79 Les États-Unis font valoir que l'argumentation présentée par le Groupe spécial au paragraphe 7.426 est tout à fait fondée. Ils estiment que cette modification améliore l'argumentation en offrant une explication plus explicite de la raison pour laquelle il en est ainsi dans la présente affaire.

6.80 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.81 Le Groupe spécial considère que le libellé additionnel proposé par les États-Unis est utile pour expliquer l'argument présenté dans la dernière phrase du paragraphe 7.426. En conséquence, il a modifié le paragraphe 7.426 du rapport final de la manière proposée par les États-Unis.

4. Question de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'Accord OTC

6.82 En ce qui concerne le paragraphe 7.608 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de modifier la première phrase comme suit:

~~"Quant au Les États-Unis estiment que, pour ce qui est du critère juridique en cause, les États-Unis estiment qu'il ne suffit pas que l'Indonésie dise simplement que "quelque chose" de plus que ce qu'ils ont fait est requis l'Indonésie dira simplement que "quelque chose" de plus que ce qu'ils ont fait est requis, sans expliquer ce qu'est exactement ce "quelque chose" de plus. [993] Il ne suffit pas de dire simplement que "quelque chose" de plus que ce qu'ils ont fait est requis. [994]"~~

6.83 Les États-Unis font valoir que cette modification permet de corriger une erreur possible à la première phrase et rend compte de leur argument de manière plus appropriée.

6.84 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.85 Le Groupe spécial souscrit à la suggestion rédactionnelle faite par les États-Unis. En conséquence, il a apporté cette modification au paragraphe 7.608 du rapport final.

6.86 Toujours à propos du paragraphe 7.608 du rapport intérimaire, les **États-Unis** suggèrent au Groupe spécial de réunir les notes de bas de page 993 et 994 en une seule note comme suit:

"Note de bas de page 993

Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 106; réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 118.

Note de bas de page 994

Réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 118."

6.87 Les États-Unis font valoir que cette modification est nécessaire compte tenu de la modification qu'il est suggéré d'apporter au paragraphe 7.608.

6.88 L'**Indonésie** ne s'oppose pas à la modification proposée par les États-Unis.

6.89 Le Groupe spécial accepte la modification proposée par les États-Unis et a réuni les deux notes en une seule, la note de bas de page 998 se rapportant au paragraphe 7.608 du rapport final.

5. Divers

6.90 En plus des observations de fond présentées plus haut, les États-Unis ont fait deux suggestions d'ordre typographique. Le Groupe spécial a pris en compte les suggestions des États-Unis.

VII. CONSTATATIONS

A. INTRODUCTION

7.1 Le présent différend porte sur l'article 907 a) 1) A)⁷⁵, une mesure de lutte antitabac adoptée par les États-Unis pour des raisons de santé publique. Les cigarettes sont intrinsèquement nocives pour la santé des personnes, comme le reconnaissent l'OMS, la communauté scientifique et les deux parties au présent différend.

7.2 Pour commencer, le présent Groupe spécial souhaiterait souligner que les mesures visant à protéger la santé publique sont de la plus haute importance et que les Accords de l'OMC reconnaissent et respectent pleinement le droit souverain des Membres de réglementer ce domaine pour répondre à des préoccupations légitimes en matière de santé publique.

7.3 Nous notons que l'OMC cherche à promouvoir le bien-être général au moyen de la libéralisation du commerce et reconnaît le droit des Membres de l'OMC d'adopter des mesures pour protéger la santé publique. De fait, les Membres de l'OMC disposent d'une large autonomie pour définir leurs propres politiques de protection de la santé des personnes. Cette autonomie est uniquement circonscrite par la nécessité de faire en sorte que les *moyens* choisis pour mettre en œuvre ces politiques soient compatibles avec les règles de l'OMC. Ces dernières prescrivent que les Membres veillent à ce que les moyens en question soient non discriminatoires et par ailleurs conformes aux dispositions des Accords de l'OMC. Le sixième considérant du préambule de l'*Accord OTC* est explicite à cet égard:

"Reconnaissant que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord".

7.4 L'importance de la santé publique a également été mise en avant par les Membres de l'OMC dans la Déclaration ministérielle qui a lancé le Cycle de Doha, dans laquelle les Ministres ont souligné que les règles de l'OMC n'empêchaient pas les Membres de prendre des mesures pour assurer la protection de la santé des personnes sous réserve qu'elles soient conformes aux Accords de l'OMC.⁷⁶

7.5 De plus, nous sommes conscients des importants efforts déployés au niveau international pour limiter le tabagisme dans le contexte de la Convention-cadre de l'Organisation mondiale de la santé sur la lutte antitabac et des *Directives partielles* de l'OMS.⁷⁷

7.6 La tâche qui nous attend consiste à évaluer de manière objective si l'article 907 a) 1) A) est conforme aux obligations découlant pour les États-Unis des dispositions des Accords de l'OMC dans le cadre de notre mandat. Nous rappelons les termes employés par l'Organe d'appel lorsqu'il a reconnu que l'objectif consistant à protéger la vie et la santé des personnes "[était] à la fois vitale et

⁷⁵ Voir la section II.B ci-dessus.

⁷⁶ Déclaration ministérielle de Doha du 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 6.

⁷⁷ Voir la section II.C.3 ci-dessus.

importante au plus haut point"⁷⁸, et qu'"il y a[vait] peu d'intérêts plus "vitaux" et "importants" que la protection des êtres humains contre les risques pour la santé"⁷⁹.

B. ORDRE D'ANALYSE

7.7 Avant de commencer notre analyse des allégations juridiques de l'Indonésie, nous souhaiterions expliquer notre décision de suivre un certain ordre d'analyse.

7.8 Si nous examinons la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, nous observons que l'Indonésie présente des allégations au titre des articles III:4 et XX du GATT de 1994, des articles 2.1, 2.2, 2.5, 2.8, 2.9 (y compris 2.9.1, 2.9.2, 2.9.3 et 2.9.4), 2.10, 2.12 et 12.3 de l'*Accord OTC* et, sous condition que les États-Unis affirment que l'article 907 a) 1) A) est une mesure SPS, au titre des articles 2, 3, 5 et 7 de l'*Accord SPS*.⁸⁰

7.9 Cependant, dans sa première communication écrite, l'Indonésie a précisé que son allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 était une allégation subsidiaire par rapport à l'allégation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.⁸¹ Elle a ensuite expliqué que son allégation au titre de l'article XX du GATT de 1994 était la réfutation d'un moyen de défense potentiel des États-Unis.⁸² En outre, aucune analyse ou demande de constatations n'a été présentée en ce qui concerne ses allégations SPS conditionnelles.

7.10 En réponse à un certain nombre de questions posées par le présent Groupe spécial en vue d'éclaircir la portée de son mandat et, dans ses communications ultérieures, l'Indonésie a confirmé que: i) son allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 était une allégation subsidiaire par rapport à son allégation relative au traitement national au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*; ii) elle n'alléguait pas une violation de l'article XX du GATT de 1994 par les États-Unis; et iii) elle estimait que la mesure était un règlement technique assujéti à l'*Accord OTC*, non une mesure SPS assujéti à l'*Accord SPS*.⁸³

7.11 De plus, nous avons également observé que si dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Indonésie a présenté des allégations au titre de l'article 2.9.1, 2.9.2, 2.9.3 et 2.9.4 de l'*Accord OTC*, elle n'a ultérieurement présenté que des arguments et des éléments de preuve concernant ses allégations au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*. Nous croyons donc comprendre que l'Indonésie a abandonné ses allégations au titre de l'article 2.9.1 et 2.9.4 de l'*Accord OTC* et nous ne les examinerons donc pas.⁸⁴

7.12 La question dont nous sommes saisis est par conséquent celle de savoir s'il existe un ordre particulier dans les allégations juridiques qui devrait être suivi pour examiner les allégations de l'Indonésie. Suite au rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, nous croyons comprendre que les groupes spéciaux ne sont pas tenus de suivre

⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 172.

⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 144 (notes de bas de page omises).

⁸⁰ WT/DS406/2.

⁸¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 69.

⁸² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 114 à 127 et, en particulier, paragraphe 115.

⁸³ Réponses de l'Indonésie aux questions n° 1, 20 et 25 du Groupe spécial.

⁸⁴ Nous notons que les groupes spéciaux antérieurs ont suivi une démarche analogue en ce qui concerne les allégations abandonnées. Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Inde – Droits d'importation additionnels*, paragraphes 7.402 à 7.405; le rapport du Groupe spécial *Égypte – Barres d'armature en acier*, paragraphe 7.30; le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Réduction à zéro (Japon) (article 21:5 – Japon)*, note de bas de page 16.

l'ordre des allégations formulées par le plaignant. Comme l'a dit l'Organe d'appel, "pour s'acquitter de ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, un groupe spécial peut s'écarter de l'ordre suggéré par la partie plaignante, en particulier si cela est exigé par l'interprétation ou l'application correcte des dispositions juridiques en cause".⁸⁵ Néanmoins, il est habituel pour les groupes spéciaux de suivre l'ordre des allégations présentées par le plaignant, sauf s'ils le jugent inopportun.

7.13 Nous rappelons que le Groupe spécial *Inde – Automobiles* a expliqué qu'il était important de savoir si un ordre particulier était imposé par des principes d'interprétation valides dont la non-observation pourrait amener à commettre une erreur de droit.⁸⁶ Il a également fait remarquer que l'ordre choisi pour l'examen des allégations pouvait aussi avoir une incidence sur la possibilité d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle.⁸⁷ Pour l'Organe d'appel, c'est la nature de la relation entre les dispositions qui déterminera dans chaque cas s'il existe un ordre d'analyse prescrit.⁸⁸

7.14 Comme les États-Unis n'ont pas affirmé que l'article 907 a) 1) A) était une mesure SPS et que l'Indonésie s'est abstenue de faire valoir ses allégations SPS, nous ne les examinerons pas. Partant, nous n'avons pas besoin de choisir d'utiliser les allégations SPS ou les allégations OTC de l'Indonésie comme point de départ de notre analyse.⁸⁹ En outre, étant donné que l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 est une allégation subsidiaire par rapport à l'allégation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, on ne se pose pas la question de savoir par quel accord visé, l'*Accord OTC* ou le GATT de 1994, il faut commencer l'examen.

7.15 Il y a toutefois une question liminaire que nous devons régler avant de commencer l'examen des allégations de l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC*. En effet, nous devons examiner si l'*Accord OTC* s'applique à l'article 907 a) 1) A). Nous notons que l'Indonésie a fait valoir que l'article 907 a) 1) A) était un règlement technique. Nous examinerons donc d'abord si l'article 907 a) 1) A) est un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* et ensuite

⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 277.

⁸⁶ Rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphe 7.154. Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphes 7.17 et 7.18.

⁸⁷ Rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphe 7.161.

⁸⁸ L'Organe d'appel a constaté ce qui suit:

"Ainsi, dans chaque cas, c'est la nature de la relation entre deux dispositions qui déterminera s'il existe un ordre d'analyse obligatoire qui, s'il n'est pas suivi, équivaldrait à une erreur de droit. Dans certains cas, cette relation est telle que le fait de ne pas structurer l'analyse suivant l'ordre logique approprié aura des répercussions sur la substance de l'analyse elle-même."

Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 109.

L'Organe d'appel a ensuite dit ce qui suit:

"En même temps, les groupes spéciaux doivent s'assurer qu'ils procèdent sur la base d'une analyse correctement structurée pour interpréter les dispositions de fond en cause. Comme l'Organe d'appel l'a constaté dans les affaires *États-Unis - Crevettes* et *Canada - Automobiles*, les groupes spéciaux qui ignorent ou brûlent une étape antérieure logique de l'analyse courent le risque de compromettre ou d'invalider des constatations ultérieures. Ce risque est aggravé dans le cas de deux dispositions juridiquement liées, entre elles, lorsque l'une de ces dispositions doit, sur le plan de la cohérence logique et analytique, être analysée avant l'autre, comme c'est le cas des alinéas a) et b) de l'article XVII:1 du GATT de 1994."

Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 127.

⁸⁹ Si les allégations SPS de l'Indonésie devaient être examinées par le présent Groupe spécial, la première question liminaire aurait été de savoir si le Groupe spécial devait commencer son analyse par les allégations SPS conditionnelles de l'Indonésie ou plutôt par les allégations OTC de l'Indonésie. D'ailleurs, la question de savoir si la mesure en cause est une mesure SPS aurait été particulièrement pertinente pour décider de l'ordre d'analyse dans le présent différend car l'article 1.5 de l'*Accord OTC* dispose spécifiquement que les mesures SPS, telles qu'elles sont définies à l'Annexe A de l'*Accord SPS*, sont *exclues* du champ de l'*Accord OTC*. Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.29.

si les obligations indiquées dans les allégations de l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC* sont d'application.

7.16 Si nous constatons que l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique, nous procéderons à l'examen des allégations présentées par l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC*, en commençant par l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Si nous ne formulons pas une constatation de violation au titre de cette disposition, nous examinerons l'allégation subsidiaire au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.⁹⁰ Si nous ne formulons pas de constatation de violation, nous procéderons à l'examen du reste des allégations de l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC* dans l'ordre numérique.

7.17 Nous ferons cependant une exception à cet ordre numérique dans notre examen de l'article 2.9.2 et 2.9.3, et 2.10 de l'*Accord OTC*, puisque nous examinerons d'abord l'allégation de l'Indonésie conformément à l'article 2.10 de l'*Accord OTC*. Comme nous l'expliquerons de manière plus détaillée dans la section VII.I.2, l'article 2.10 de l'*Accord OTC* s'applique uniquement lorsqu'un Membre s'écarte des obligations générales énoncées à l'article 2.9 de l'*Accord OTC*. Nous examinerons donc d'abord si les conditions d'urgence décrites à l'article 2.10 existent dans le présent différend et, si nous constatons que ces conditions n'existent pas, nous poursuivrons en examinant les allégations de l'Indonésie au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

7.18 Enfin, nous notons que l'Indonésie a fait certaines déclarations indiquant que l'article 907 a) 1) A) était contraire aux dispositions susmentionnées de l'*Accord OTC* et au GATT de 1994 "à la fois à première vue et tel qu'appliqué".⁹¹ Le Groupe spécial a tenté de préciser la position de l'Indonésie à cet égard car ces déclarations pourraient être interprétées comme signifiant que l'Indonésie présentait à la fois des allégations "tel quel" et des allégations "tel qu'appliqué" s'agissant de l'article 907 a) 1) A).⁹² Cependant, l'Indonésie ne nous a pas clairement expliqué en quoi ses allégations "tel qu'appliqué" serait un tant soit peu différentes de ses allégations "en tant que tel".⁹³ De fait, nous sommes dans l'incapacité d'identifier quoi que ce soit dans l'argumentation de l'Indonésie qui se rapporte à l'article 907 a) 1) A) "tel qu'appliqué", par opposition à ses allégations "en tant que tel" relatives à l'article 907 a) 1) A). Nous-mêmes sommes incapables de voir en quoi la distinction "en tant que tel"/"tel qu'appliqué" est importantes dans la présente affaire.⁹⁴ En conséquence, nous

⁹⁰ Nous notons que les deux parties ont adopté des approches en ce qui concerne l'ordre d'analyse des allégations de l'Indonésie au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et de l'article III:4 du GATT de 1994. L'Indonésie a examiné d'abord l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, puis, à titre subsidiaire, l'article III:4 du GATT de 1994; les États-Unis ont commencé leur argumentation dans leur première communication écrite en examinant l'article III:4 du GATT de 1994, sans faire mention du fait que l'Indonésie présentait cette allégation comme allégation subsidiaire par rapport à l'allégation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Le raisonnement des États-Unis était que l'article III:4 avait été analysé de manière plus détaillée par les groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel que l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Les États-Unis ont analysé l'article 2.1 de l'*Accord OTC* brièvement par la suite et sont parvenus à une conclusion commune concernant "les allégations relatives au traitement national". De même, la deuxième communication écrite de l'Indonésie, bien que commençant par l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, réfute néanmoins la plupart des arguments présentés par les États-Unis dans la section consacrée à l'article III:4. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis traitent toutefois des deux allégations en même temps.

⁹¹ Voir, par exemple, la première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 43, 127 et 149.

⁹² Questions n° 2, 3 et 82 du Groupe spécial.

⁹³ Le Groupe spécial a posé deux questions à l'Indonésie pour lui demander d'expliquer en quoi ses allégations "tel qu'appliqué" seraient différentes de ses allégations "en tant que tel". Dans ses réponses, l'Indonésie a expliqué en quoi une allégation "tel qu'appliqué" différerait d'une allégation "en tant que tel". Réponses de l'Indonésie aux questions n° 2 et 82 du Groupe spécial. Toutefois, nous ne voyons pas encore clairement si, dans le *présent* différend, ses allégations "tel qu'appliqué" sont différentes de ses allégations "en tant que tel" et, si tel est le cas, en quoi elles le sont.

⁹⁴ L'Organe d'appel a expliqué que "l'importance de la "distinction impératif/facultatif" [pouvait] varier d'un cas à l'autre". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*,

avons décidé de ne pas nous fonder sur la distinction "en tant que tel"/"tel qu'appliqué" pour analyser les allégations de l'Indonésie, et nous ne présentons donc pas d'analyses, ou de constatations, distinctes concernant l'article 907 a) 1) A) "tel qu'appliqué".

7.19 Nous commencerons donc notre analyse en examinant si l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*.

C. QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST UN "RÈGLEMENT TECHNIQUE" AU SENS DE L'ANNEXE 1.1 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.20 L'Indonésie soutient que l'article 907 a) 1) A) est un "règlement technique" tel qu'il est défini à l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*.⁹⁵ Rappelant les indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Indonésie soutient que l'article 907 a) 1) A) s'applique à un "groupe de produits identifiable" (à savoir certaines cigarettes aromatisées et, en particulier, les cigarettes aux clous de girofle), énonce les "caractéristiques d'un produit" (c'est-à-dire qu'il interdit d'ajouter des arômes caractérisants, à l'exception du menthol), et que le respect de l'interdiction est "obligatoire".⁹⁶ L'Indonésie fait observer que les États-Unis ne contestent pas que l'article 907 est un "règlement technique".⁹⁷

7.21 Les États-Unis reconnaissent que "la mesure est un règlement technique".⁹⁸ Toutefois, ils soutiennent que leur vue sur la nature de l'article 907 a) 1) A) en tant que règlement technique ne devrait pas modifier le critère d'examen du Groupe spécial, qui est de procéder à une évaluation objective fondée sur les faits présentés de la question de savoir si la mesure en cause est un règlement technique.⁹⁹

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.22 L'Indonésie allègue que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec les articles 2.1, 2.2, 2.5, 2.8, 2.9, 2.10, 2.12, et 12.3 de l'*Accord OTC*. Nous notons que, d'après leurs

paragraphe 214, citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 93. Le Groupe spécial *US – Pneumatiques (Chine)* a expliqué que "[d]ans la pratique, l'importance de la distinction impératif/facultatif [était] surtout évidente dans les cas où, bien que la législation d'un Membre telle qu'elle [était] libellée apparaisse incompatible avec les règles de l'OMC, il exist[ait] une marge discrétionnaire suffisante pour permettre aux autorités nationales d'appliquer la législation d'une manière compatible avec les règles de l'OMC." Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Pneumatiques (Chine)*, paragraphe 7.118. Dans la présente affaire, les allégations de l'Indonésie ont trait à l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle prescrite par l'article 907 a) 1) A). Les États-Unis ne contestent pas que l'article 907 a) 1) A) interdit les cigarettes aux clous de girofle (ainsi que d'autres cigarettes présentant un arôme caractérisant). De plus, les États-Unis n'ont jamais laissé entendre que leurs autorités nationales avaient le pouvoir discrétionnaire d'appliquer l'article 907 a) 1) A) de manière à exclure les cigarettes aux clous de girofle du champ de l'interdiction.

⁹⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 44.

⁹⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 46 et 47.

⁹⁷ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 128.

⁹⁸ Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 26 et 60.

⁹⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 213; réponse des États-Unis à la question n° 22 du Groupe spécial, paragraphe 58.

propres termes, ces dispositions s'appliquent aux "règlements techniques".¹⁰⁰ Cela signifie que, si l'article 907 a) 1) A) n'était pas un "règlement technique" au sens de l'*Accord OTC*, ces dispositions ne s'appliqueraient pas à cette mesure. Ainsi, il y a une question liminaire dans notre examen des allégations de l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC*, celle de savoir si l'article 907 a) 1) A) est un "règlement technique".

b) Disposition juridique en cause

7.23 L'article 1.2 de l'*Accord OTC* dispose qu'"aux fins du présent accord, les termes et expressions définis à l'Annexe 1 auront le sens qui leur est donné dans cette annexe". L'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* définit un "règlement technique" de la manière suivante:

"Document qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, y compris les dispositions administratives qui s'y appliquent, dont le respect est obligatoire. Il peut aussi traiter en partie ou en totalité de terminologie, de symboles, de prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, pour un produit, un procédé ou une méthode de production donnés."

7.24 Nous notons que la définition de l'expression "règlement technique" donnée à l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* a déjà été examinée par l'Organe d'appel: premièrement, dans l'affaire *CE – Amiante*, puis de nouveau dans l'affaire *CE – Sardines*.¹⁰¹ Dans ces affaires, l'Organe d'appel a défini trois critères qu'un document devait remplir pour relever de la définition du "règlement technique" donnée à l'Annexe 1.1:

"... *Premièrement*, le document doit s'appliquer à un produit, ou groupe de produits, identifiable. Cependant, il n'est pas nécessaire que le produit ou groupe de produits *identifiable* soit expressément *identifié* dans le document. *Deuxièmement*, le document doit énoncer une ou plus d'une caractéristique du produit. Ces caractéristiques du produit peuvent être intrinsèques, ou elles peuvent se rapporter au produit. Elles peuvent être prescrites ou imposées sous une forme soit positive, soit négative. *Troisièmement*, le respect des caractéristiques du produit doit être obligatoire. Comme nous l'avons souligné dans l'affaire *CE – Amiante*, ces trois critères découlent du libellé de la définition figurant à l'Annexe 1.1. ..."¹⁰²

7.25 Le Groupe spécial procédera donc à l'analyse de la question de savoir si l'article 907 a) 1) A) constitue un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* en examinant ces trois critères.

¹⁰⁰ L'article 12.3 de l'*Accord OTC* s'applique non seulement aux "règlements techniques", mais aussi aux "normes et procédures d'évaluation de la conformité". Toutefois, l'Indonésie n'allègue pas que la mesure en cause dans le présent différend est une "norme" ou une "procédure d'évaluation de la conformité".

¹⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 59 à 77; rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 171 à 195. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.426 à 7.459; et le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (États-Unis)*, paragraphes 492 à 515.

¹⁰² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 176 (italique dans l'original, note de bas de page omise), citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 66 à 70.

- c) Éléments de la définition d'un règlement technique
- i) *Premier élément: question de savoir si l'article 907 a) 1) A) s'applique à un "produit, ou groupe de produits, identifiable"*

7.26 Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a développé le premier élément de la définition d'un "règlement technique":

"Un "règlement technique" doit, bien entendu, être applicable à un produit, ou groupe de produits, *identifiable*. Sinon, l'application du règlement sera impossible sur le plan pratique. Cette considération sous-tend aussi l'obligation formelle, énoncée à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*, qui incombe aux Membres de notifier aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, "*les produits qui seront visés*" par un "règlement technique" projeté. (pas d'italique dans l'original) Manifestement, le respect de cette obligation impose d'identifier les produits visés par un règlement technique. Cependant, à la différence de ce que le Groupe spécial a donné à entendre, cela ne signifie pas qu'un "règlement technique" doit s'appliquer à des produits "*donnés*" qui sont effectivement *nommés, identifiés* ou *définis* dans le règlement. (pas d'italique dans l'original) Bien que l'*Accord OTC* s'applique clairement aux "produits" d'une manière générale, rien dans le texte de cet accord ne donne à entendre que ces produits doivent être nommés ou bien *expressément* identifiés dans un "règlement technique". En outre, il peut y avoir des raisons administratives parfaitement valables pour formuler un "règlement technique" d'une façon qui n'identifie pas expressément les produits par leur nom, mais les rend simplement identifiables – par exemple, au moyen de la "caractéristique" qui fait l'objet du règlement."¹⁰³

7.27 Nous observons que la mesure en cause dans la présente affaire, l'article 907 a) 1) A), identifie explicitement les produits qu'elle vise: les cigarettes et n'importe lequel de leurs éléments constitutants. À notre avis, les produits visés par l'article 907 a) 1) A) ne sont pas simplement "identifiables", comme c'était apparemment le cas dans l'affaire *CE – Amiante*. Par contre, ils sont "expressément identifiés". À cet égard, nous notons que l'article 907 est intitulé "Normes relatives aux produits du tabac" et que l'article 907 a) 1) A) est intitulé "Règle spéciale pour les cigarettes". Nous notons en outre que la partie pertinente de l'article 907 a) 1) A) dispose qu'"aucune cigarette ni aucun des composants d'une cigarette (y compris le tabac, le filtre ou le papier)" ne contiendra d'arôme caractérisant autre que le tabac ou le menthol. Par ailleurs, il est expliqué, dans la partie intitulée "Produits visés" de la Directive de la FDA¹⁰⁴, que l'article 907 a) 1) A) "s'applique à tous les produits du tabac qui répondent à la définition d'une cigarette" indiquée dans l'article 900 3) de la FFDCa.¹⁰⁵

7.28 Nous constatons par conséquent que l'article 907 a) 1) A) s'applique à un "produit, ou groupe de produits, identifiable" et qu'il satisfait ainsi au premier élément de la définition d'un "règlement technique".

¹⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a conclu que la mesure en cause en l'espèce était applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 74.

¹⁰⁴ Voir les paragraphes 2.8 à 2.11 à ci-dessus.

¹⁰⁵ Directive de la FDA, réponse à la question n° 2 (pièce IND-41).

ii) *Deuxième élément: question de savoir si l'article 907 a) 1) A) énonce une ou plusieurs "caractéristiques d'un produit"*

7.29 Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit: "[l]élément essentiel de la définition d'un "règlement technique" est qu'un "document" doit "énoncer" – à savoir, exposer, stipuler ou prévoir – les "caractéristiques d'un produit"¹⁰⁶. L'Organe d'appel a expliqué que l'expression "caractéristiques d'un produit" figurant dans l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* devrait être interprétée conformément à son sens ordinaire:

"... Le terme "caractéristique" a un certain nombre de synonymes qui peuvent aider à comprendre son sens ordinaire, dans ce contexte. Ainsi, les "caractéristiques" d'un produit incluent, à notre avis, les "particularités", "qualités", "attributs", ou autre "marque distinctive" objectivement définissables d'un produit. Ces "caractéristiques" pourraient concerner, entre autres, la composition, la dimension, la forme, la couleur, la texture, la dureté, la ténacité, l'inflammabilité, la conductivité, la densité ou la viscosité d'un produit. Dans la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1, l'*Accord OTC* lui-même donne certains exemples de "caractéristiques d'un produit": "terminologie, ... symboles, ... prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage". Ces exemples indiquent que les "caractéristiques d'un produit" incluent non seulement les particularités et qualités intrinsèques du produit lui-même, mais aussi des caractéristiques connexes, telles que les moyens d'identification, la présentation et l'apparence d'un produit. ..."¹⁰⁷

7.30 Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a rappelé le passage susmentionné et a souligné que les caractéristiques d'un produit incluaient non seulement "les particularités et qualités intrinsèques du produit", mais aussi des caractéristiques connexes, telles que les moyens d'identification.¹⁰⁸

7.31 L'article 907 a) 1) A) énonce les "caractéristiques d'un produit". En effet, une mesure qui interdit que des cigarettes contiennent certains constituants ou additifs ayant un "arôme caractérisant" est par définition une mesure qui énonce une ou plusieurs "caractéristiques d'un produit". Entre autres choses, l'arôme d'une cigarette n'est pas seulement une "particularité" (et probablement aussi une "qualité" et un "attribut") de ce produit, c'est aussi une particularité "intrinsèque du produit lui-même". De même, à l'évidence, l'article 907 a) 1) A) "concerne[] ... la composition d'un produit", puisqu'il dit qu'aucune cigarette ne peut contenir, en tant que constituant ou additif, un arôme artificiel ou naturel qui soit un arôme caractérisant (autre que le tabac ou le menthol). Autrement dit, la "composition" d'une cigarette ne peut pas être telle qu'elle produise un arôme caractérisant (autre que le tabac ou le menthol).

7.32 À notre avis, le fait que l'article 907 a) 1) A) énonce les caractéristiques d'un produit d'une manière négative ("aucune cigarette ... ne contiendra") ne modifie pas la conclusion selon laquelle l'article 907 a) 1) A) énonce les caractéristiques d'un produit. Nous trouvons des éléments à l'appui de notre conclusion dans le fait que les mesures en cause dans les affaires *CE – Amiante* et *CE – Sardines* énonçaient toutes les deux les caractéristiques d'un produit d'une manière négative et

¹⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67 (italique dans l'original).

¹⁰⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a conclu que la mesure en cause énonçait une ou plusieurs "caractéristiques d'un produit". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 74.

¹⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 189, citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67. Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a souscrit à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause énonçait une ou plusieurs "caractéristiques d'un produit". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 193.

qu'il a été constaté que les deux mesures étaient des "règlement techniques" au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*.

7.33 Nous rappelons que dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté que la mesure en cause était "formulée *d'une manière négative* – les produits contenant de l'amiante sont interdits", et qu'"en fait, la mesure prévo[yait] que *tous* les produits ne [devaient] *pas* contenir de fibres d'amiante".¹⁰⁹ L'Organe d'appel a expliqué que:

"Les caractéristiques d'un produit peuvent, à notre avis, être prescrites ou imposées, en ce qui concerne les produits, sous une forme soit positive, soit négative. Autrement dit, le document peut prévoir, d'une manière positive, que les produits *doivent posséder* certaines "caractéristiques", ou bien, d'une manière négative, que les produits *ne doivent pas posséder* certaines "caractéristiques"."¹¹⁰

7.34 Nous rappelons aussi que le Groupe spécial *CE – Sardines* a constaté qu'en prescrivant l'utilisation de la seule espèce *Sardina pilchardus* comme sardines en conserve, la mesure en cause "énon[çait] en réalité des caractéristiques du produit sous une forme négative".¹¹¹ Le Groupe spécial *CE – Sardines* a estimé qu'un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* "[pouvait] prescrire ou imposer les caractéristiques d'un produit sous une forme soit positive, soit négative".

7.35 À notre avis, le fait que l'article 907 a) 1) A) ne définit pas expressément ce qui constitue un "arôme caractérisant" ne modifie pas la conclusion selon laquelle la mesure réglemente les caractéristiques d'un produit.¹¹² Dans l'extrait de son rapport sur l'affaire *CE – Amiante* cité ci-dessus, l'Organe d'appel a indiqué que les "caractéristiques" d'un produit incluaient les particularités, qualités, attributs, ou autre marque distinctive "objectivement définissables" d'un produit. L'absence, dans la mesure, de toute définition expresse d'un "arôme caractérisant" ne signifie pas que la caractéristique en question n'est pas "objectivement définissable". En outre, bien que l'article 907 a) 1) A) ne définisse pas l'expression "arôme caractérisant", il donne bien à titre d'illustration un certain nombre d'exemples d'arômes caractérisants qui sont interdits – comme la fraise, le raisin, l'orange, le clou de girofle, la cannelle, l'ananas, la vanille, la noix de coco, la réglisse, le cacao, le chocolat, la cerise ou le café.

7.36 Nous constatons donc que l'article 907 a) 1) A) énonce une ou plusieurs "caractéristiques d'un produit" et, partant, satisfait au deuxième élément de la définition d'un "règlement technique".

¹⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 72 (italique dans l'original).

¹¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 69 (italique dans l'original). Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.44.

¹¹¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.45, cité au paragraphe 179 du rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*.

¹¹² Dans le contexte de son allégation au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC*, l'Indonésie dit que: "... la Règle spéciale interdit les cigarettes ayant un "arôme caractérisant". Cependant, la Loi ne comprend aucune définition d'un "arôme caractérisant" aux fins de la Règle spéciale. De plus la FDA n'a pas fourni d'autre indication sur ce qui constitue un "arôme caractérisant" ni dans sa directive concernant la Règle spéciale ni dans l'avis public annonçant l'application de la Règle spéciale". Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 135.

iii) *Troisième élément: question de savoir si le respect des caractéristiques d'un produit est obligatoire*

7.37 Le troisième élément de la définition d'un "règlement technique" est que la mesure énonce les caractéristiques d'un produit dont le respect est "obligatoire".¹¹³ Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a formulé les observations ci-après concernant la prescription voulant qu'un document énonce les caractéristiques d'un produit dont le respect est "obligatoire":

"La définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* indique également que le "respect" des "caractéristiques d'un produit" énoncées dans le "document" doit être "obligatoire". Autrement dit, un "règlement technique" doit réglementer les "caractéristiques" des produits d'une manière contraignante ou obligatoire ..."¹¹⁴

7.38 Dans l'affaire *CE – Sardines*, le Groupe spécial aussi bien que l'Organe d'appel ont conclu que la mesure en cause énonçait les caractéristiques d'un produit qui étaient "obligatoires". La conclusion était fondée sur le fait que la mesure en cause indiquait que les prescriptions contenues dans cette dernière étaient "obligatoire[s] dans tous ... [leurs] éléments et directement applicable[s] dans tout État Membre".¹¹⁵ À cet égard, le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* a noté que le terme "obligatoire" signifiait "impératif par suite d'un ordre, coercitif".¹¹⁶

7.39 Nous sommes d'avis que l'article 907 a) 1) A) énonce les caractéristiques d'un produit dont le respect est "obligatoire". Le caractère obligatoire de l'article 907 a) 1) A) ressort pour nous du libellé de cette disposition, qui prévoit qu'aucune cigarette ni aucun composant d'une cigarette "ne contiendra" en tant que constituant ou additif, un arôme artificiel ou naturel (autre que le tabac ou le menthol) ou un extrait végétal ou une épice qui soit un arôme caractérisant. Par ailleurs, la loi a pour effet "d'interdire la fabrication et la vente" de cigarettes ayant certains arômes caractérisant.¹¹⁷ La Directive de la FDA explique comment "cette interdiction [sera] appliquée".¹¹⁸ Il existe également

¹¹³ L'*Accord OTC* différencie les "règlements techniques" des "normes". La distinction essentielle entre ces deux types de mesures est que le respect du premier est obligatoire, tandis que le respect du deuxième est volontaire. L'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*, déjà cité ci-dessus, donne la définition d'un "règlement technique". Sa partie pertinente dispose qu'un règlement technique est un document qui énonce les caractéristiques d'un produit "dont le respect est obligatoire". L'Annexe 1.2 de l'*Accord OTC* définit le terme "norme". La partie pertinente de cette définition dispose qu'une "norme" est un "[d]ocument ... qui fournit, pour des usages communs et répétés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques pour des produits ou des procédés et des méthodes de production connexes, dont le respect n'est pas obligatoire". La *Note explicative* figurant dans l'Annexe 1.2 répète qu'"[a]ux fins du présent accord, on entend par normes les documents dont le respect est volontaire et par règlements techniques les documents dont le respect est obligatoire".

¹¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 68 (italique dans l'original). Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté que la mesure en cause en l'espèce énonçait les caractéristiques d'un produit dont le respect était "obligatoire". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 74.

¹¹⁵ Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.30; rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 194.

¹¹⁶ Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.453.

¹¹⁷ Voir, par exemple, H.R. Rep. No. 111-58, Pt. 1 (2009) (pièce IND-2), page 37.

¹¹⁸ FDA, Guidance for Industry and FDA Staff, General Questions and Answers on the Ban of Cigarettes that Contain Characterizing Flavors (2d ed., 23 décembre 2009), 74 Fed. Reg. 48,974 (25 septembre 2009) (pièce IND-41), page 4 ("Depuis le 22 septembre 2009, les cigarettes et leurs éléments composants qui contiennent des arômes caractérisants (autres que le tabac ou le menthol) ou un extrait végétal ou une épice sont illicites. La FDA dispose de tout un arsenal d'outils de réglementation et de coercition pour s'attaquer aux violations de l'interdiction commises, entre autres, par les fabricants, les importateurs, les distributeurs et les détaillants. Avant de prendre une mesure coercitive, l'organisme a pour pratique générale d'adresser des lettres d'avertissement aux intéressés pour leur notifier que leurs produits sont contraires à la loi et

des dispositions spécifiques dans la *Loi sur le contrôle du tabac* qui visent le non-respect de l'article 907 a) 1) A); entre autres choses, i) les produits qui ne sont pas conformes à l'article 907 a) 1) A) sont réputés être "frelatés" au titre de l'article 902 5) de la FFDCA; ii) au titre de la FFDCA, les produits frelatés vendus ou destinés à la vente aux États-Unis peuvent faire l'objet d'une saisie au titre de l'article 304 de la FFDCA; iii) au titre des articles 301, 302 et 303 de la FFDCA, la FDA est habilitée à engager, entre autres actions, des procédures d'injonction et des poursuites pénales pour s'attaquer aux violations de l'article 907 a) 1) A) et d'autres dispositions de la FFDCA.¹¹⁹

7.40 Nous constatons donc que l'article 907 a) 1) A) énonce les caractéristiques d'un produit dont le respect est "obligatoire" et, partant, satisfait au troisième élément de la définition d'un "règlement technique".

d) Conclusion

7.41 Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial constate que l'article 907 a) 1) A) est un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*. Le Groupe spécial va maintenant examiner les allégations de l'Indonésie au titre des articles 2.1, 2.2, 2.5, 2.8, 2.9, 2.10, 2.12, et 12.3 de l'*Accord OTC*.

D. QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.1 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.42 L'Indonésie allègue que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC* "parce que la mesure aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à un produit national similaire, les cigarettes mentholées".¹²⁰ Dans sa première communication, l'Indonésie soutient pourtant que l'article 907 a) 1) A), "tel qu'il est libellé et tel qu'il est appliqué", viole l'article 2.1 parce qu'il accorde aux importations de cigarettes aux clous de girofle un traitement "moins favorable" que celui qu'il accorde à un produit similaire national – à savoir les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées".¹²¹ L'Indonésie fait valoir que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" à "toutes les autres cigarettes produites dans le pays, en général, et aux cigarettes mentholées, en particulier"¹²², parce que leurs propriétés physiques, leurs utilisations finales, les préférences des consommateurs à leur égard et leur classement tarifaire sont les mêmes. En réponse à une question du Groupe spécial, l'Indonésie a précisé qu'elle demandait au Groupe spécial de procéder d'abord à une analyse du produit similaire en comparant les cigarettes aux clous de girofle aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac produites aux États-Unis. Au cas où le Groupe spécial déciderait de limiter l'analyse de la similarité aux cigarettes ayant un "arôme caractérisant" particulier, l'Indonésie fait valoir que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes mentholées nationales.¹²³

leur donner la possibilité de se mettre en conformité. Comme toujours, lorsque les circonstances sont appropriées, la FDA peut prendre une mesure coercitive pour protéger la santé publique sans envoyer au préalable de lettre d'avertissement.")

¹¹⁹ Voir les réponses des parties aux questions n° 10 et 24 du Groupe spécial.

¹²⁰ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, WT/DS406/2, page 2.

¹²¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 43.

¹²² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 65.

¹²³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 65; réponse de l'Indonésie à la question n° 27 du Groupe spécial.

7.43 L'Indonésie fait valoir que, dans le contexte de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, une détermination de similarité est essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence parmi les produits, comme l'a établi la jurisprudence concernant l'article III:4 du GATT de 1994. Le raisonnement de l'Indonésie est fondé sur le fait que le GATT de 1994 et l'*Accord OTC* constituent chacun un contexte pour l'interprétation de l'autre.¹²⁴ En même temps, l'Indonésie dit qu'"une analyse de la similarité au cas par cas dans le contexte d'une mesure différente pourrait raisonnablement conclure que toutes les cigarettes ne sont pas similaires *aux fins de cette mesure particulière*".¹²⁵

7.44 Pour ce qui est des critères relatifs aux *ajustements fiscaux à la frontière*¹²⁶, l'Indonésie affirme d'abord que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays, y compris les cigarettes mentholées, présentent les mêmes caractéristiques physiques.¹²⁷ Selon elle, ces deux types de cigarettes contiennent du tabac traité et mélangé enroulé dans du papier et muni d'un filtre et sont considérés comme des cigarettes de "catégorie A" à des fins fiscales aux États-Unis. L'Indonésie ajoute par ailleurs que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont plus de propriétés en commun car elles contiennent du tabac et un ingrédient ajouté (à savoir un extrait végétal ou une épice). Enfin, l'Indonésie fait valoir que rien ne prouve que les cigarettes aux clous de girofle sont plus toxiques ou présentent de plus grands risques pour la santé que les cigarettes ordinaires ou les cigarettes mentholées produites dans le pays et qu'il n'y a donc aucune différence dans leurs caractéristiques physiques.¹²⁸ En fait, l'Indonésie fait valoir que dans le présent différend, "la toxicité relative des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes nationales n'est pas en cause".¹²⁹

7.45 De plus, l'Indonésie précise que ce que l'on appelle les cigarettes "à l'arôme de bonbon" (par exemple au chocolat ou à la fraise) peuvent ne pas être "similaires" aux cigarettes ordinaires, aux cigarettes mentholées ou aux cigarettes aux clous de girofle, car elles peuvent présenter de plus grands risques pour la santé puisqu'elles encouragent les jeunes à commencer à fumer.¹³⁰ L'Indonésie a indiqué qu'"elle ne demandait pas au Groupe spécial d'inclure les cigarettes aromatisées au bonbon dans son analyse du produit similaire".¹³¹

7.46 Deuxièmement, l'Indonésie soutient que les cigarettes aux clous de girofle ont les mêmes utilisations finales que les cigarettes produites dans le pays, en particulier les cigarettes mentholées, car elles sont toutes utilisées pour fumer du tabac.¹³² Elle ne partage pas le point de vue des États-Unis selon lequel les cigarettes ont deux autres utilisations finales: i) satisfaire une dépendance à la nicotine; et ii) procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée. Au contraire, fait valoir l'Indonésie, l'apport de nicotine est une conséquence du tabagisme et "procurer une expérience agréable" ne peut pas être considéré comme une utilisation finale, mais se rapporte plutôt au comportement des consommateurs.¹³³

7.47 Troisièmement, pour ce qui est des "préférences des consommateurs", l'Indonésie fait valoir que la plupart des consommateurs perçoivent les cigarettes ordinaires, les cigarettes mentholées et les

¹²⁴ Réponse de l'Indonésie à la question n° 26 du Groupe spécial.

¹²⁵ Réponse de l'Indonésie à la question n° 47 du Groupe spécial. (pas d'italique dans l'original)

¹²⁶ Ce point est expliqué dans la section VII.D.2 c) ii) ci-dessous.

¹²⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54.

¹²⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 55, 57; réponses de l'Indonésie aux questions n° 36 à 40 du Groupe spécial; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 70 à 74.

¹²⁹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 71.

¹³⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 63.

¹³¹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 27 du Groupe spécial, paragraphe 71.

¹³² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 59.

¹³³ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 78 à 80.

cigarettes aux clous de girofle comme des moyens différents de fumer.¹³⁴ Elle fait aussi remarquer que les fumeurs choisissent le plus souvent les cigarettes ordinaires ou les cigarettes mentholées et utilisent les cigarettes aux clous de girofle comme des cigarettes "pour les occasions spéciales".¹³⁵ Dans sa deuxième communication écrite, "l'Indonésie conteste que les cigarettes aux clous de girofle soient utilisées uniquement comme des cigarettes occasionnelles"¹³⁶, puisque certains adultes ont indiqué qu'ils en fumaient davantage que d'autres cigarettes. En substance, l'Indonésie soutient que les fumeurs sont prêts à substituer les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac les unes aux autres pour obtenir la même utilisation finale qui est de fumer.¹³⁷ En fait, "[l]a proportion de temps relative pendant laquelle les consommateurs fument des cigarettes aux clous de girofle ou des cigarettes mentholées ou ordinaires n'a pas à être la même".¹³⁸

7.48 Pour l'Indonésie, il y a un rapport de concurrence entre toutes les cigarettes pour ce qui est de l'accès aux circuits de distribution, du linéaire et de la part de marché.¹³⁹ L'Indonésie précise que le Groupe spécial devrait circonscrire son évaluation des goûts et habitudes des consommateurs à ceux des consommateurs des États-Unis.¹⁴⁰ Elle précise en outre que les consommateurs pertinents pour l'analyse de la similarité sont les fumeurs, sans analyse par groupe d'âge.¹⁴¹ Au cas où le Groupe spécial déciderait de procéder à une analyse par groupe d'âge, l'Indonésie soutient que les groupes appropriés devraient être les "jeunes" (de moins de 18 ans) et les "adultes" (de 18 ans et plus).¹⁴² L'Indonésie affirme aussi que la population des jeunes "qui ne fument pas encore" ne devrait pas être incluse dans les consommateurs pertinents pour l'analyse de la similarité.¹⁴³ Pour ce qui est des préférences des jeunes, l'Indonésie conclut que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas "majoritairement" utilisées par les jeunes fumeurs car les cigarettes mentholées sont bien plus populaires auprès des jeunes.¹⁴⁴ Pour l'Indonésie, les éléments de preuve pertinents montrent que les cigarettes aux clous de girofle n'attirent pas les jeunes.¹⁴⁵

7.49 Enfin, l'Indonésie soutient que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes de fabrication nationale ont le même classement tarifaire international au niveau des positions à six chiffres.¹⁴⁶ Le classement tarifaire des cigarettes contenant du tabac, qui englobe à la fois les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes des États-Unis, est la position 24.02.20 du SH07. De plus, le classement tarifaire au niveau des positions à huit chiffres des États-Unis est dénué de pertinence pour le présent différend, puisque les comparaisons entre pays sont effectuées uniquement au niveau des positions à six chiffres.¹⁴⁷

7.50 S'agissant de l'élément "traitement moins favorable", l'Indonésie fait valoir que le traitement accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées est moins favorable que celui qui est accordé

¹³⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 60.

¹³⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 60.

¹³⁶ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 82.

¹³⁷ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 82.

¹³⁸ Réponse de l'Indonésie à la question n° 42 du Groupe spécial.

¹³⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 60.

¹⁴⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 44 du Groupe spécial.

¹⁴¹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 22.

¹⁴² Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 23.

¹⁴³ Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 24.

¹⁴⁴ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 84 et 85; réponse de l'Indonésie à la question n° 43 du Groupe spécial.

¹⁴⁵ Réponse de l'Indonésie à la question n° 85 du Groupe spécial, paragraphe 20.

¹⁴⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 64.

¹⁴⁷ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 90; réponse de l'Indonésie à la question n° 45 du Groupe spécial (pièce IND-67).

aux cigarettes produites dans le pays.¹⁴⁸ L'Indonésie soutient que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, qui sont principalement importées d'Indonésie, mais non des cigarettes ordinaires ou des cigarettes mentholées, qui sont principalement produites dans le pays, crée des conditions de concurrence inégales sur le marché des États-Unis.¹⁴⁹ L'Indonésie précise que, bien que neutre tel qu'il est libellé, l'article 907 a) 1) A) aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre des produits importés.¹⁵⁰ En outre, l'Indonésie fait valoir qu'il est possible d'établir l'existence d'une violation "en montrant qu'il y a certains produits importés qui sont soumis à un traitement moins favorable que le produit similaire national soumis au traitement le plus favorable".¹⁵¹

7.51 Selon l'Indonésie, si les cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac sont principalement produites aux États-Unis, les cigarettes aux clous de girofle étaient principalement importées d'Indonésie. Ainsi, l'Indonésie explique que "le traitement accordé à toutes les cigarettes importées de tous les pays est dénué de pertinence pour le présent différend".¹⁵²

7.52 L'Indonésie note qu'elle n'a pas fait valoir que si un seul produit importé est soumis à une restriction par une mesure et qu'un seul produit national ne l'est pas, on peut parler de traitement moins favorable. Selon elle, dans le cas d'espèce, presque toutes les cigarettes aux clous de girofle soumises à l'interdiction étaient importées, alors que la grande majorité des cigarettes non soumises à l'interdiction étaient des cigarettes "similaires" produites dans le pays. L'Indonésie fait valoir que c'est en particulier le cas des cigarettes mentholées, étant donné que seule une partie infime de ces cigarettes est importée aux États-Unis.¹⁵³

7.53 L'Indonésie fait valoir que le fait que l'article 907 a) 1) A) peut aussi viser des cigarettes produites aux États-Unis "n'excuse pas la mesure". En fait, elle soutient que, en tant que tel, l'article 907 a) 1) A) s'applique presque exclusivement aux cigarettes importées.¹⁵⁴ Elle affirme aussi que l'allégation des États-Unis, selon laquelle la grande majorité des cigarettes importées sont encore autorisées au titre de l'article 907 a) 1) A), n'est pas pertinente. Elle fait valoir que le traitement des produits importés en provenance d'autres pays n'est pas une question que le Groupe spécial doit examiner.¹⁵⁵

7.54 L'Indonésie affirme que, contrairement au point de vue des États-Unis selon lequel l'Indonésie doit démontrer que les cigarettes contenant des clous de girofle sont soumises à un traitement différent sur la base de leur origine nationale ou étrangère, les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel "n'ont jamais exigé qu'il soit satisfait à la fois à un critère "du traitement moins favorable" et à un deuxième critère "sur la base de l'origine nationale"" dans aucun de leur rapport.¹⁵⁶ L'Indonésie fait valoir que, contrairement à ce que disent les États-Unis, l'analyse du "traitement moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et de l'article III:4 du GATT de 1994 n'exige pas une analyse distincte

¹⁴⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 69; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 57.

¹⁴⁹ Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 58.

¹⁵⁰ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 94; réponse de l'Indonésie à la question n° 48 du Groupe spécial.

¹⁵¹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 100; réponse de l'Indonésie aux questions n° 49 et 51 du Groupe spécial.

¹⁵² Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 42.

¹⁵³ Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 60.

¹⁵⁴ Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 61.

¹⁵⁵ Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 62; réponse de l'Indonésie à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 28.

¹⁵⁶ Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 63.

axée sur la question de savoir si une mesure est appliquée "de manière à protéger la production nationale".¹⁵⁷

7.55 Les **États-Unis** estiment que l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est fondée sur une analyse viciée et des éléments de preuve insuffisants.¹⁵⁸ Ils affirment que l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article 2.1 "n'[est] pas censée empêcher des mesures légitimes, telles que l'article 907 a) 1) A), qui établissent des normes de produits neutres fondées sur des critères de santé publique".¹⁵⁹

7.56 Selon les États-Unis, l'article 907 a) 1) A) est censé supprimer la disponibilité des types de cigarettes consommées avant tout par les jeunes, souvent comme des "cigarettes de débutant".¹⁶⁰ Les États-Unis soutiennent en outre que les éléments de preuve les plus crédibles montrent que les cigarettes ayant un arôme caractérisant autre que le tabac ou le menthol (y compris le clou de girofle) sont majoritairement fumées par les jeunes et ne sont pas fumées par un nombre important d'adultes.¹⁶¹ Les États-Unis ne contestent pas l'affirmation générale de l'Indonésie selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle sont fumées par une petite fraction de la population alors que les cigarettes mentholées sont fumées par un nombre bien plus élevé de personnes. Toutefois, à leur avis, le point pertinent en ce qui concerne l'article 907 a) 1) A), c'est que dans la petite partie de la population qui fume des cigarettes aux clous de girofle, ce sont tout particulièrement les jeunes qui sont attirés par ces cigarettes.¹⁶²

7.57 Les États-Unis expliquent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées ne présente pas le même risque pour la santé publique aux États-Unis que l'interdiction des cigarettes ordinaires ou des cigarettes mentholées.¹⁶³ Ils font valoir que les effets sur la santé publique du brusque retrait d'une cigarette que des dizaines de milliers de personnes fument régulièrement n'ont pas été suffisamment évalués pour justifier une interdiction et c'est la raison pour laquelle l'article 907 a) 1) A) n'interdit pas les cigarettes ordinaires ou les cigarettes mentholées.¹⁶⁴ Les États-Unis expliquent que la brusque interdiction des cigarettes au tabac et des cigarettes mentholées risquerait d'avoir des conséquences négatives pour les fumeurs, le système de soins de santé national ou la société dans son ensemble à cause de l'essor du marché noir des cigarettes.¹⁶⁵

7.58 Les États-Unis font valoir que les cigarettes aux clous de girofle indonésiennes ne sont pas similaires aux cigarettes au tabac ou aux cigarettes mentholées fabriquées aux États-Unis car les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas dans un rapport de concurrence avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées et ne sont pas substituables ou interchangeables pour les détaillants ou les consommateurs.¹⁶⁶ Ils soutiennent que, même si l'*Accord OTC* ne contient pas de disposition équivalente à l'article III:1 du GATT de 1994, il est encore possible de fonder l'analyse de la "similarité" sur la nature et l'importance du rapport de concurrence entre les produits en cause.¹⁶⁷ Selon les États-Unis, dans le présent différend, comme dans l'affaire *CE – Amiante*, les dissimilarités entre les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont

¹⁵⁷ Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 65.

¹⁵⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 144.

¹⁵⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 87.

¹⁶⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 146.

¹⁶¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 147.

¹⁶² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 149.

¹⁶³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 148.

¹⁶⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 150.

¹⁶⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 22; réponse des États-Unis à la question n° 89 du Groupe spécial.

¹⁶⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 154.

¹⁶⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial.

directement liées aux diverses perceptions que les consommateurs ont du produit et au risque pour la santé publique qu'il présente.¹⁶⁸

7.59 Les États-Unis notent que l'article 907 a) 1) A) établit des distinctions entre un groupe de produits largement similaires – les cigarettes – sur la base de facteurs pertinents pour l'objectif légitime de protection de la santé publique. Par voie de conséquence, une détermination de la "similarité", en plus de s'attacher au rapport de concurrence entre les produits, devra analyser avec soin l'importance des caractères que toutes les cigarettes ont généralement en commun et des caractères qui sont importants du point de vue de la disposition relative à la santé publique qui est en cause.¹⁶⁹ Les États-Unis précisent que les considérations de santé publique à la base de l'article 907 a) 1) A) devraient être examinées dans l'analyse de la "similarité" au titre à la fois du GATT de 1994 et de l'*Accord OTC*, puisqu'il existe certains "principes contextuels" qui éclairent l'obligation d'accorder le traitement national au titre des deux accords.¹⁷⁰

7.60 En conséquence, le Groupe spécial devrait donner du poids aux caractéristiques physiques des produits en cause ainsi qu'aux goûts et aux préférences des consommateurs qui sont pertinents pour les considérations de santé publique sur la base desquelles l'article 907 a) 1) A) différencie les produits.¹⁷¹ Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis font valoir que les caractéristiques physiques pertinentes qui différencient les cigarettes aux clous de girofle des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires sont: i) le mélange de tabac et de clous de girofle dans des quantités presque égales; ii) la "sauce spéciale" qu'elles contiennent; et iii) la présence d'eugénol.¹⁷²

7.61 Les États-Unis font en outre valoir que le goût et les propriétés physiques uniques du menthol influent sur le choix des consommateurs. Alors que les fumeurs de cigarettes aux clous de girofle font l'expérience unique de ce type de cigarette considéré comme une cigarette de débutant ou en fument "de temps en temps", les fumeurs de cigarettes mentholées ont tendance à choisir ce type de cigarette comme cigarettes quotidiennes.¹⁷³ De plus, pour ce qui est de la toxicité et du caractère dépendogène des cigarettes en cause, les États-Unis précisent deux points importants. Premièrement, dans le présent différend, la toxicité relative des cigarettes ne constitue pas la base des distinctions en matière de santé publique établies entre elles, même si, d'une manière générale, la toxicité des cigarettes est un aspect de leurs propriétés physiques.¹⁷⁴ Deuxièmement, bien que toutes les cigarettes contiennent de la nicotine et sont donc dépendogènes, les effets sur la santé doivent être analysés sur la base à la fois des effets sur la santé d'un fumeur particulier et de considérations touchant à la santé publique en général. Ce dernier aspect concerne le fait que certains types de cigarette pourraient accroître la consommation de cigarettes et de produits du tabac par la population dans son ensemble. En conséquence, les États-Unis font valoir que les cigarettes aux clous de girofle sont différentes car elles sont utilisées de manière disproportionnée par les jeunes et servent donc de "cigarettes d'apprentissage".¹⁷⁵ Les États-Unis soutiennent qu'il apparaît que l'Indonésie souscrit à leur point de vue selon lequel les cigarettes qui attirent tout particulièrement les jeunes présentent un risque sanitaire particulier et peuvent être réglementées d'une manière plus restrictive que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées.¹⁷⁶

¹⁶⁸ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 45.

¹⁶⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 159.

¹⁷⁰ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.

¹⁷¹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 112.

¹⁷² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 113.

¹⁷³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 172.

¹⁷⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 36 du Groupe spécial.

¹⁷⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 37 du Groupe spécial.

¹⁷⁶ Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 85 du Groupe spécial, paragraphes 9 et 12.

7.62 Contrairement à la conclusion faite par l'Indonésie concernant l'utilisation finale, les États-Unis affirment que les cigarettes ont un certain nombre d'utilisations finales et ne sont pas simplement utilisées pour "fumer du tabac." À leur avis, les cigarettes ont au moins deux autres utilisations finales aux États-Unis, que permettent à des degrés divers les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac¹⁷⁷: i) l'utilisation finale consistant à satisfaire une dépendance à la nicotine¹⁷⁸, et ii) l'utilisation finale consistant à procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée.¹⁷⁹ Les États-Unis estiment en outre que la première utilisation finale – l'apport de nicotine à l'organisme – n'est pas la plus pertinente car, si c'était le cas, tous les cigares, pipes et cigarettes seraient des produits similaires.¹⁸⁰

7.63 En ce qui concerne le critère des goûts et habitudes des consommateurs, les États-Unis font valoir que l'Indonésie n'a présenté aucun élément de preuve démontrant que les cigarettes aux clous de girofle cherchaient à concurrencer les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées, ou que les consommateurs les considéraient comme des produits substituables.¹⁸¹ Les États-Unis précisent que les consommateurs pertinents sont tous les "fumeurs potentiels et actuels aux États-Unis". Ils affirment que les consommateurs potentiels sont les jeunes qui ont l'âge de s'initier à la cigarette et que ces personnes, probablement plus que les adultes, trouvent les cigarettes aux clous de girofle attrayantes.¹⁸² Pour les États-Unis, les consommateurs différencient clairement les produits en cause en l'espèce¹⁸³: les cigarettes aux clous de girofle sont commercialisées, vendues et consommées comme un produit du tabac "pour les occasions spéciales", alors que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont commercialisées, vendues et consommées comme une cigarette ordinaire d'usage quotidien; les cigarettes aux clous de girofle sont fumées majoritairement par des jeunes, qui sont généralement des fumeurs débutants, alors que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont régulièrement consommées par une grande proportion de jeunes, mais surtout par des adultes, qui en fument régulièrement.¹⁸⁴ En fait, d'après les États-Unis, il n'y a pas vraiment de concurrence entre les produits, mais plutôt un chevauchement et probablement une symbiose puisque les cigarettes aux clous de girofle attirent non seulement de nouveaux consommateurs de tabac, mais sont aussi utilisées comme cigarettes supplémentaires fumées pour des occasions spéciales par ceux qui fument déjà.¹⁸⁵

7.64 Les États-Unis disent que l'Indonésie n'a pas prouvé que les cigarettes aux clous de girofle indonésiennes et les cigarettes ordinaires ou les cigarettes mentholées sont considérées comme "interchangeables" sur le marché et l'accusent de présenter des données non fiables pour laisser entendre que le mode de consommation des cigarettes aux clous de girofle est similaire à celui des cigarettes au tabac ou des cigarettes mentholées, mais à une plus petite échelle.¹⁸⁶ En fait, à la différence des cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées ne sont pas avant tout des cigarettes de débutant consommées par les jeunes aux États-Unis. Selon les États-Unis, les taux de consommation des cigarettes ordinaires et des cigarettes mentholées chez les jeunes et les adultes plus âgés sont bien plus uniformes.¹⁸⁷ Les États-Unis précisent par ailleurs que l'analyse des goûts et habitudes des consommateurs devrait être circonscrite à leur marché intérieur, puisque les

¹⁷⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 179.

¹⁷⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 180.

¹⁷⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 181.

¹⁸⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 41 du Groupe spécial.

¹⁸¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 184; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 24 et 26.

¹⁸² Réponse des États-Unis à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 42.

¹⁸³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 184.

¹⁸⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 185.

¹⁸⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 186.

¹⁸⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 189.

¹⁸⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial. Réponse des États-Unis à la question n° 91 du Groupe spécial, paragraphe 39.

consommateurs à l'extérieur des États-Unis ne sont pas pertinents lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'une ou l'autre des questions factuelles ou juridiques examinées dans le présent différend.¹⁸⁸

7.65 S'agissant du classement tarifaire, les États-Unis font valoir que "les cigarettes aux clous de girofle sont traitées différemment de toutes les "autres" cigarettes au niveau de la position à huit chiffres dans la Liste des États-Unis annexée au GATT de 1994".¹⁸⁹

7.66 Pour ce qui est de l'analyse du traitement moins favorable, les États-Unis indiquent que l'article 907 a) 1) A), tel qu'il est libellé, est "neutre quant à l'origine" et qu'il n'apparaît pas que l'Indonésie conteste ce fait.¹⁹⁰ Selon les États-Unis, l'article 907 a) 1) A) ne fait pas de distinction entre les produits importés et les produits nationaux, mais distingue les produits en fonction des modes de consommation des différentes cigarettes par les consommateurs aux États-Unis et des considérations de santé publique connexes.¹⁹¹ Pour les États-Unis, l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait de prouver l'existence d'une discrimination *de facto*. L'Indonésie, font valoir les États-Unis, affirme sans procéder à une analyse qu'"il est incontestable que l'interdiction d'un produit mais pas d'autres produits similaires crée des conditions de concurrence inégales et constitue un traitement "moins favorable"" et que "l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle mais pas des cigarettes mentholées ou des cigarettes au tabac crée des conditions de concurrence inégales sur le marché des États-Unis et constitue par conséquent un traitement "moins favorable"". L'Indonésie ne démontre pas cependant que le traitement qui est différent d'après ses allégations est fondé sur l'origine nationale des cigarettes aux clous de girofle.¹⁹²

7.67 Selon les États-Unis, l'Indonésie a tort d'insinuer que l'analyse du "traitement moins favorable" consiste simplement à examiner quelles sont les cigarettes interdites et celles qui ne le sont pas. Les États-Unis soutiennent que tous les éléments de preuve pertinents devraient être examinés, y compris le but objectif de la mesure et la question de savoir si les effets préjudiciables allégués pour les produits importés dépendent de leur origine nationale.¹⁹³

7.68 Par ailleurs, les États-Unis font valoir que l'Indonésie a tort de dire que l'article 907 a) 1) A) accorde un traitement moins favorable si une importation indonésienne est classée parmi les arômes caractérisants interdits et qu'une cigarette produite aux États-Unis ne l'est pas. En fait, pour les États-Unis, l'approche du "meilleur traitement" prônée par l'Indonésie est incompatible avec le libellé de l'article III:4 du GATT et de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Par contre, comme l'Organe d'appel l'a établi dans l'affaire *CE – Amiante*, la comparaison pertinente est celle qui est faite entre le *groupe* de produits importés "similaires" et le *groupe* de produits nationaux "similaires".¹⁹⁴ Il en est ainsi parce que l'Organe d'appel a reconnu qu'un Membre pouvait établir des distinctions entre des produits dont il avait été déterminé qu'ils étaient "similaires" sans protéger la production nationale ni accorder un traitement moins favorable aux produits importés.¹⁹⁵ Les États-Unis font également référence aux constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* et aux constatations du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*. Selon les États-Unis, l'Organe d'appel et le Groupe spécial ont constaté dans ces rapports que "lorsqu'un effet défavorable allégué sur un produit importé n'est pas imputable à son

¹⁸⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial.

¹⁸⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 116.

¹⁹⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 199.

¹⁹¹ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 21 et 59.

¹⁹² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 202.

¹⁹³ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 50.

¹⁹⁴ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 119 à 123.

¹⁹⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 204.

origine étrangère, mais à quelque autre facteur, cet effet n'est pas un élément de preuve indiquant l'existence d'un traitement moins favorable".¹⁹⁶

7.69 Les États-Unis soulignent que l'Indonésie n'a pas prouvé que l'article 907 a) 1) A) accordait un traitement moins favorable aux produits indonésiens car: i) elle fait abstraction du fait que ce règlement vise les cigarettes produites aux États-Unis et ii) elle n'a fourni aucun élément de preuve pour démontrer que tout préjudice causé aux cigarettes aux clous de girofle dépend de l'origine étrangère du produit.¹⁹⁷

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.70 La question dont le Groupe spécial est saisi est donc de savoir si l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. En particulier, l'Indonésie allègue que l'article 907 a) 1) A) viole l'article 2.1 car il accorde aux importations de cigarettes aux clous de girofle un traitement moins favorable que celui qu'il accorde à un produit national similaire, qu'elle définit dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial comme étant les cigarettes mentholées.¹⁹⁸

7.71 Comme nous le faisons observer à plusieurs reprises dans le présent rapport, nous sommes confrontés à une question inédite. En effet, le seul rapport qui a traité de l'article 2.1 à ce jour est le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, dans lequel cette disposition a été brièvement examinée.¹⁹⁹

7.72 Nous commencerons par examiner la disposition juridique en cause pour déterminer le critère juridique applicable.

b) Disposition juridique en cause

7.73 L'article 2.1 de l'*Accord OTC* dispose ce qui suit:

"Les Membres feront en sorte, pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays."

7.74 Ainsi, l'article 2.1 de l'*Accord OTC* exige des Membres de l'OMC qu'ils accordent aux produits importés "un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires

¹⁹⁶ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 50; réponse des États-Unis à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 49.

¹⁹⁷ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 130.

¹⁹⁸ Dans ses communications ultérieures au Groupe spécial, l'Indonésie demande à ce dernier de constater que les cigarettes aux clous de girofle sont similaires à la fois aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires. Nous examinons la question de savoir quels produits comparer aux fins des critères relatifs à la similarité et au traitement moins favorable aux paragraphes 7.124 à 7.148 ci-dessous.

¹⁹⁹ Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.464 à 7.476. Le Groupe spécial sait qu'il y a d'autres procédures de groupe spécial en cours dans lesquelles des allégations au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* ont été formulées. Voir les rapports *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/4; *États-Unis – EPO (Canada)*, WT/DS384/8 et *États-Unis – EPO (Mexique)*, WT/DS386/7. Toutefois, au moment de la remise du rapport intérimaire concernant le présent différend, les rapports établis par les groupes spéciaux dans ces autres affaires n'avaient pas encore été distribués.

d'origine nationale". Nous notons que l'article 2.1 comporte aussi une obligation NPF, mais dans le présent différend, il n'existe aucune allégation relative à cet élément de l'article 2.1.

7.75 Nous rappelons que dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, lorsqu'il a interprété l'article III:4 du GATT de 1994²⁰⁰, l'Organe d'appel a établi un critère à trois volets pour qu'une constatation de violation soit formulée au titre de cette disposition:

"Pour qu'il y ait violation de l'article III:4, trois éléments doivent être réunis: les produits importés et les produits nationaux en cause doivent être des "produits similaires"; la mesure en cause doit être "une loi, un règlement ou une prescription affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur"; et les produits importés doivent être soumis à un traitement "moins favorable" que celui accordé aux produits nationaux similaires."²⁰¹

7.76 Le libellé de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est très similaire à celui de l'article III:4 du GATT de 1994, la différence étant que dans le premier article, l'obligation d'accorder le traitement national est circonscrite à un type particulier de mesure, à savoir les règlements techniques, tandis que l'article III:4 du GATT de 1994 vise un plus grand groupe de mesures, à savoir les "lois, ... règlements ou ... prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur".

7.77 Le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* a suivi une approche analogue à celle de l'Organe d'appel sans se référer à la jurisprudence existante relative à l'article III:4 du GATT de 1994. Il a raisonné de la manière suivante:

"Le Groupe spécial considère que les éléments essentiels d'une incompatibilité avec l'article 2.1 de l'Accord OTC sont, au moins, que la mesure en cause est un "règlement technique"; que les produits importés et les produits nationaux en cause sont des "produits similaires" au sens de cette disposition; et qu'il est accordé aux produits importés un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires."²⁰²

²⁰⁰ L'article III:4 du GATT de 1994 est ainsi libellé:

"Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. Les dispositions du présent paragraphe n'interdiront pas l'application de tarifs différents pour les transports intérieurs, fondés exclusivement sur l'utilisation économique des moyens de transport et non sur l'origine du produit."

²⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 133.

²⁰² Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.444. Une interprétation possible de l'utilisation par le Groupe spécial des termes "au moins" pour décrire les "éléments essentiels d'une incompatibilité avec l'article 2.1" pourrait être qu'il y a des éléments *plus* essentiels que ceux qui figurent dans le critère à trois volets. Une autre interprétation possible est que le Groupe spécial indiquait "voilà au moins ce qui est clair", sans en dire davantage. Nous ne trouvons rien dans le texte de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* qui permette de justifier la première approche et le Groupe spécial n'a pas expliqué ce qu'il voulait dire en employant ces termes. Dans ces circonstances, nous préférons analyser la question dont nous sommes saisis selon la deuxième approche.

7.78 Nous notons aussi qu'il apparaît que les deux parties suivent cette méthode d'analyse pour ce qui est des principaux éléments d'une violation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.²⁰³

7.79 S'agissant du deuxième élément de l'analyse, nous rappelons que nous avons déjà constaté que l'article 907 a) 1) A) était un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*.²⁰⁴ Nous allons donc examiner les deux éléments restants l'un après l'autre.

c) Question de savoir si les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes nationales en cause sont des "produits similaires" au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*

i) *Interprétation de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC*

7.80 Ainsi qu'il est indiqué ci-dessus, au moment de la rédaction du présent rapport, l'examen du concept de similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* reste une question inédite, puisque que le seul rapport ayant traité de cette disposition à ce jour – le rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)* – ne comportait pas d'analyse de la similarité car il y avait été constaté que le plaignant n'avait pas établi *prima facie* l'existence d'un "traitement moins favorable".²⁰⁵

7.81 Le Groupe spécial a donc pour tâche d'interpréter pour la première fois le concept de similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Il semble exister deux approches possibles pour interpréter cette disposition: d'une part, on pourrait faire valoir que la jurisprudence au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 est directement transposable à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, compte tenu de la similarité des libellés respectifs; d'autre part, on pourrait faire valoir que le concept de similarité doit être interprété dans le contexte de l'*Accord OTC* sans transposer directement la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994.

7.82 Nous avons demandé l'avis des parties à ce sujet et elles ont indiqué que, pour interpréter l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, nous devrions prendre en compte tant la jurisprudence au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 que le contexte de l'*Accord OTC*. Les États-Unis, en particulier, demandent au Groupe spécial de prendre en compte les "objectifs de santé publique" de l'article 907 a) 1) A) pour interpréter le concept de similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Nous notons cependant que dans leurs communications, les parties se fondent dans une large mesure sur la jurisprudence au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Nous notons également que les

²⁰³ L'Indonésie fait référence au critère à trois volets ci-dessus utilisé pour une constatation de violation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* et l'adapte à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* (première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 42). Dans sa deuxième communication écrite, l'Indonésie indique que les éléments permettant d'établir l'existence d'une violation sont les mêmes pour les articles III:4 et 2.1, "sauf que l'article III:4 n'exige pas qu'une mesure soit un règlement technique, mais vise "une loi, un règlement ou une prescription affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation des produits importés et des produits similaires nationaux sur le marché intérieur"". (Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 59). Les États-Unis utilisent le même critère dans leur première communication écrite en ce qui concerne l'article III:4 du GATT de 1994 sans examiner le type de mesure en cause. Après quoi, ils examinent brièvement l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, indiquant que l'Indonésie a la charge de prouver que l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique et soulignant la pertinence des termes "pour ce qui concerne", qui se rapportent aux "règlements techniques", dans l'interprétation de la similarité et du traitement moins favorable. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis présentent conjointement les arguments relatifs à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et ceux qui concernent l'article III:4 du GATT de 1994, en avertissant que l'interprète doit dûment tenir compte du contexte particulier et des prescriptions se rapportant à chaque allégation, "puisqu'ils s'éclairent et se renforcent mutuellement". (Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 101).

²⁰⁴ Voir la section VII.C.2 d) ci-dessus.

²⁰⁵ Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.475.

parties suggèrent que nous incorporions les critères traditionnels relatifs à la similarité établis par le Groupe de travail du GATT sur les *ajustements fiscaux à la frontière*.²⁰⁶

7.83 La principale question d'interprétation qui se pose à nous à cet égard est celle de savoir si une détermination de la "similarité" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* concerne essentiellement la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre les produits comparés, comme c'est le cas pour une détermination de la "similarité" dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994. Cette question a d'importantes conséquences dans la présente affaire. En conséquence, nous exposerons les arguments des parties, puis expliqueront le raisonnement que nous avons fait à ce sujet, en détail.

Arguments des parties concernant l'interprétation de l'expression "produits similaires" dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC

7.84 Le point de vue des parties concernant l'interprétation de cette disposition a évolué au cours de la procédure. Il convient donc d'expliquer le parcours suivi par chaque partie à ce propos.

7.85 Nous rappelons que l'**Indonésie** a présenté, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, des allégations relatives au traitement national au titre à la fois de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et de l'article III:4 du GATT de 1994. Dans sa première communication écrite, il apparaît que l'Indonésie ajuste son approche et déclare que son allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 est une allégation subsidiaire par rapport à l'allégation formulée au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Par conséquent, l'Indonésie traite d'abord de l'allégation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, puisqu'il s'agit de la disposition la plus spécifique dans le présent différend. Toutefois, après avoir expliqué que l'obligation d'accorder le traitement national avait été examinée par divers groupes spéciaux de l'OMC et par l'Organe d'appel à plusieurs reprises dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994²⁰⁷, l'Indonésie a fondé son argumentation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* presque exclusivement sur la jurisprudence concernant l'article III:4.²⁰⁸

7.86 En réponse à une question du Groupe spécial²⁰⁹, l'Indonésie soutient que, même s'il est possible d'examiner ensemble les allégations au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et les allégations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial devrait se montrer prudent s'il choisit cette approche car "ces allégations/dispositions ne sont pas identiques".²¹⁰ Par exemple, elle explique que les allégations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 n'ont pas besoin d'établir que la mesure en cause est un règlement technique.²¹¹ Toutefois, l'Indonésie estime que l'analyse de la "similarité" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport

²⁰⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 48 à 52, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante* (paragraphe 103), au rapport du Groupe spécial *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* (paragraphe 7.165) et au rapport du Groupe spécial du GATT *Thaïlande – Cigarettes* (paragraphe 42); deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 87 à 91; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 157, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante* (paragraphes 99, 101); réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial.

²⁰⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 42.

²⁰⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 48 à 69.

²⁰⁹ La question n° 21 b) du Groupe spécial est ainsi libellée:

"L'Indonésie a formulé des allégations au titre des articles 2.1, 2.2, 2.5, 2.8, 2.9, 2.10, 2.12 et 12.3 de l'*Accord OTC*. Elle a également présenté une allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, et les États-Unis ont invoqué l'article XX b) du GATT de 1994:

...

b) Une ou plusieurs de ces allégations/dispositions peuvent-elles être examinées ensemble, par exemple l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et l'article III:4 du GATT de 1994?"

²¹⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 21 b) du Groupe spécial.

²¹¹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 21 b) du Groupe spécial.

de concurrence entre et parmi les produits, comme l'Organe d'appel l'a établi dans l'affaire *CE – Amiante* s'agissant de l'article III:4. Également en réponse à une question du Groupe spécial²¹², l'Indonésie soutient que, bien que l'article 2.1 de l'*Accord OTC* ne fasse pas particulièrement mention d'un "principe général" analogue à celui qui est énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994, "le GATT de 1994 et l'*Accord OTC* constituent chacun un contexte pour l'interprétation de l'autre". En conséquence, "l'Indonésie pense que le Groupe spécial devrait considérer le rapport de concurrence entre les produits en cause comme pertinent dans son analyse de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*".²¹³ Ainsi, bien qu'elle semble souscrire à l'idée que ce qui importe, c'est un "rapport de concurrence" entre les produits en cause, l'Indonésie laisse en même temps entendre qu'"une analyse de la similarité faite au cas par cas dans le contexte d'une mesure différente pourrait raisonnablement amener à conclure que toutes les cigarettes ne sont pas similaires aux fins de cette mesure particulière".²¹⁴

7.87 Dans sa deuxième communication écrite, l'Indonésie fait remarquer que "[l]es États-Unis sont d'accord avec l'Indonésie pour dire que l'article 2.1 de l'*Accord OTC* devrait être interprété de la même façon que l'article III:4 du GATT".²¹⁵ Néanmoins, l'Indonésie souligne que "ce sont deux allégations distinctes fondées sur des accords distincts et des obligations conventionnelles distinctes, et donnant lieu à des droits distincts".²¹⁶ Plus précisément, l'Indonésie fait valoir que les éléments permettant d'établir une violation de ces dispositions sont les mêmes, "sauf que l'article III:4 n'exige pas qu'une mesure soit un règlement technique, mais vise "une loi, un règlement ou une prescription affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation des produits importés et des produits nationaux sur le marché intérieur"²¹⁷. Selon l'Indonésie, comme de nombreux groupes spéciaux et l'Organe d'appel l'ont dit, les allégations au titre du plus spécifique des deux accords devraient être analysées en premier.²¹⁸

7.88 Dans leur première communication écrite, les **États-Unis** ne tiennent pas compte du fait que l'Indonésie a indiqué dans sa première communication écrite que son allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 était une allégation subsidiaire par rapport à son allégation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et entament leur argumentation par l'article III:4 du GATT de 1994 "pour apporter de la clarté à l'analyse".²¹⁹ Les États-Unis notent cependant que "certaines différences textuelles et contextuelles devraient être prises en compte dans l'analyse de la "similarité" et du "traitement moins favorable" par le Groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*".²²⁰ En particulier, les États-Unis relèvent trois différences particulières entre l'*Accord OTC* et le GATT de 1994: premièrement, le libellé du préambule de l'*Accord OTC*, qui établit que "rien ne saurait

²¹² La question n° 26 du Groupe spécial est ainsi libellée:

"L'Organe d'appel a expliqué ce qui suit: "une détermination relative au concept de "similarité" énoncé à l'article III:4 est essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits".

a) En est-il de même pour une détermination de la "similarité" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*?

b) Dans l'affirmative, le Groupe spécial doit-il considérer le rapport de concurrence entre les produits en cause comme pertinent dans son analyse de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* en l'absence d'une référence à un principe général analogue à celui qui est énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994?"

²¹³ Réponse de l'Indonésie à la question n° 26 b) du Groupe spécial.

²¹⁴ Réponse de l'Indonésie à la question n° 47 du Groupe spécial.

²¹⁵ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 58.

²¹⁶ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 58; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 12 et 14.

²¹⁷ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 59.

²¹⁸ Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 12.

²¹⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 145.

²²⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 214.

empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires ... à la protection de la santé et de la vie des personnes"²²¹; deuxièmement, le fait que l'obligation énoncée à l'article 2.1 s'applique "pour ce qui concerne" un règlement technique²²²; et finalement, le fait que l'analyse du "produit similaire" devrait "établir une distinction entre les caractéristiques qui font qu'un produit ou un groupe de produits est identifiable aux fins du règlement et les caractéristiques qui démontrent l'existence d'un rapport de concurrence ou d'une substituabilité sur le marché".²²³

7.89 Dans leur déclaration orale à la première réunion de fond, les États-Unis affirment que "[l]'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* devrait être interprétée de la même façon qu'à l'article III:4 du GATT de 1994". Ils font valoir ensuite que "[c]haque accord constitue un contexte pour l'autre, et les analyses élaborées au titre de l'article III sont pertinentes pour l'interprétation de l'article 2.1".²²⁴ Toutefois, dans leur déclaration orale, les États-Unis soutiennent aussi que dans le cadre de l'analyse visant à savoir si les produits en cause en l'espèce sont des "produits similaires", un facteur pertinent en l'espèce "est la mesure dans laquelle les différences entre les produits réglementés ont directement *trait aux objectifs de santé publique* prévus à l'article a) 1) A)".²²⁵ Les États-Unis répètent que "les différences entre les produits qui *ont trait aux objectifs de santé publique* sont pertinentes pour l'analyse du "produit similaire"²²⁶

7.90 En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis font valoir que, bien qu'il soit possible pour le Groupe spécial d'examiner ensemble les allégations concernant le traitement national, "chaque allégation est distincte et il doit être satisfait aux différents éléments de chaque allégation particulière".²²⁷ Ils répondent cependant à une autre question du Groupe spécial en disant qu'une détermination de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est "essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits". En conséquence, les États-Unis ne considèrent pas que l'absence d'un "équivalent à l'article III:1 dans l'*Accord OTC* soit une raison pour adopter une conception de la "similarité" fondamentalement différente dans l'*Accord OTC*".²²⁸ Enfin, l'analyse de la "similarité" au titre des deux Accords devrait être éclairée par le contexte particulier de l'*Accord OTC* au moyen de l'examen "non seulement de la nature du rapport de concurrence parmi et entre les produits mais aussi de la nature des considérations de santé publique sur lesquelles le règlement technique en cause est fondé".²²⁹

Approche adoptée par le Groupe spécial pour interpréter l'expression "produits similaires" dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC

7.91 Nous devons déterminer la manière dont nous aborderons l'interprétation de l'élément relatif au traitement national de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, en particulier dans le cadre de notre analyse de la "similarité". Plusieurs possibilités s'offrent à nous. Premièrement, nous pourrions interpréter

²²¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 215.

²²² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 216.

²²³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 217.

²²⁴ Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 58.

²²⁵ Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 24. (pas d'italique dans l'original)

²²⁶ Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 27. (pas d'italique dans l'original)

²²⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 21 b) du Groupe spécial. Ce point a également été confirmé par les États-Unis dans leur deuxième communication écrite, où ils ont soutenu que le Groupe spécial pouvait examiner conjointement les allégations relatives au traitement national au titre du GATT de 1994 et de l'*Accord OTC*, compte tenu du contexte particulier et des prescriptions se rapportant à chaque allégation. Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 95.

²²⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial.

²²⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial. Voir aussi la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.

l'article 2.1 de l'*Accord OTC* suivant la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994. Avec cette approche, la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994, qui est principalement axée sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés en cause, serait directement transposable dans son intégralité à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, compte tenu de la similarité du libellé respectif des deux articles.

7.92 Deuxièmement, nous pourrions interpréter l'article 2.1 de l'*Accord OTC* dans le contexte de la disposition elle-même et dans celui de l'*Accord OTC*, sans transposer aucun élément de la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994, puisqu'il ne s'agit que d'un des concepts de "produits similaires" figurant dans l'Accord sur l'OMC. En procédant ainsi, on ne se concentrerait pas sur l'approche fondée sur la concurrence qui a été élaborée dans la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994.

7.93 Troisièmement, nous pourrions adopter l'approche suggérée par les parties, qui consiste à interpréter l'article 2.1 de l'*Accord OTC* en tenant compte à la fois de la jurisprudence relevant de l'article III:4 du GATT de 1994 et du contexte de l'*Accord OTC*. Nous pourrions aussi suivre la suggestion des États-Unis et prendre en compte les "objectifs de santé publique" énoncés à l'article 907 a) 1) A) pour interpréter le concept de similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

7.94 Le point de départ de toute interprétation d'une disposition juridique d'un traité est, comme le prescrit l'article 31 1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (la "Convention de Vienne")²³⁰, le sens ordinaire des termes.²³¹ En conséquence, nous commençons par examiner les termes de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

7.95 Nous rappelons que la première possibilité que nous avons envisagée plus haut consiste à interpréter les termes de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* suivant la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994. Nous ne voyons pas très bien dans quelle mesure les interprétations élaborées dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994 peuvent simplement être transposées à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, notamment parce que cette dernière disposition n'a pas encore été interprétée de manière approfondie par les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel. Certes, l'article 2.1 de l'*Accord OTC* semble être calqué sur l'article III:4 du GATT de 1994.²³² En effet, les deux articles visent les produits importés: "[I]es produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante" dans le cas de l'article III:4 du GATT de 1994, et les "produits importés en provenance du territoire de tout Membre" dans le cas de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Tous deux imposent également aux Membres une obligation, libellée de manière

²³⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 U.N.T.S. 331; 8 International Legal Materials 679.

²³¹ L'article 3:2 du Mémorandum d'accord indique que les Membres reconnaissent que le système de règlement des différends de l'OMC sert à clarifier les dispositions des accords visés "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sont reconnus comme codifiant les règles en question. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 18. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphes 43 à 46; le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, pages 12 à 14; et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – DRAM*, paragraphe 6.13.

²³² Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a examiné le sens ordinaire du mot "similaire" lorsqu'il a analysé le concept de "produits similaires" prévu à l'article III:4. Il a examiné le sens de ce mot donné par un dictionnaire et a constaté que le terme anglais "like" signifiait: "[h]aving the same characteristics or qualities as some other ... thing; of approximately identical shape, size, etc., with something else; similar ([q]ui a les mêmes caractéristiques ou qualités qu'une autre chose; d'une forme, taille, etc. à peu près identique à celle d'une autre chose; semblable "similar")". (L'Organe d'appel s'est référé à la définition du New Shorter Oxford English Dictionary, Lesley Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993), Vol. I, page 1588.) Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 90. Cette définition du dictionnaire serait valable même si le Groupe spécial décidait de ne pas se fonder sur la jurisprudence relevant de l'article III:4 du GATT de 1994.

identique, d'accorder en qui concerne ces importations "un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale".

7.96 Toutefois, nous observons que les deux dispositions diffèrent en ce qui concerne les types de mesures qu'elles réglementent. Si l'article 2.1 de l'*Accord OTC* s'applique uniquement aux règlements techniques, l'article III:4 du GATT de 1994 s'applique à un groupe plus large de mesures qui engloberait les règlements techniques.²³³ Comme nous le verrons ci-après, cette différence devrait assurément se voir accorder une certaine importance.

7.97 Étant donné la similitude et, dans certains cas, le caractère identique du libellé des deux dispositions ayant trait au traitement national, le recours aux interprétations élaborées dans le contexte de l'article III:4 peut sembler relativement logique pour examiner l'élément relatif à la similarité de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. De fait, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, il apparaît que les parties sont généralement persuadées que la jurisprudence élaborée au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, en particulier celle qui se rapporte à l'approche fondée sur la concurrence utilisée pour l'analyse de la similarité, est directement transposable à une analyse au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. L'Indonésie défend la position selon laquelle l'analyse de la "similarité" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits, comme l'Organe d'appel l'a établi dans l'affaire *CE – Amiante* en ce qui concerne l'article III:4.²³⁴ Les États-Unis sont également d'avis que l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* devrait être interprétée de la même façon qu'à l'article III:4 du GATT de 1994.²³⁵

7.98 Même si nous convenons avec les parties qu'il faut accorder de l'importance à la similitude des libellés, nous le faisons avec prudence car, comme l'Organe d'appel l'a dit dans l'affaire *CE – Amiante*, même dans la mesure où les termes utilisés sont identiques, ils "doi[vent] être interprété[s] à la lumière du contexte, ainsi que de l'objet et du but, de la disposition en question, et à la lumière de l'objet et du but de l'accord visé dans lequel figure cette disposition".²³⁶ L'Organe d'appel a dit en outre que "le sens attribué à l'expression "produits similaires" dans d'autres dispositions du GATT de 1994, ou dans d'autres accords visés, [pouvait] être un contexte pertinent pour interpréter l'article III:4 du GATT de 1994, mais que l'interprétation de cette expression telle qu'elle figur[ait] à l'article III:4 n'[était] pas forcément à tous les égards identique à ces autres sens."²³⁷ On peut en dire autant de l'expression "produit similaire" figurant à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* par rapport à la jurisprudence relative à l'article III:4.

7.99 À notre avis, il n'est pas du tout évident qu'il faille toujours transposer automatiquement à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* l'approche axée sur la concurrence utilisée pour le concept de similarité

²³³ L'article III:4 du GATT de 1994 s'applique à "toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur".

²³⁴ La question n° 26 du Groupe spécial est ainsi libellée:

"L'Organe d'appel a expliqué ce qui suit: "une détermination relative au concept de "similarité" énoncé à l'article III:4 [est] essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits".

a) En est-il de même pour une détermination de la "similarité" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*?

b) Dans l'affirmative, le Groupe spécial doit-il considérer le rapport de concurrence entre les produits en cause comme pertinente dans son analyse de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* en l'absence d'une référence à un principe général analogue à celui qui est énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994?"

²³⁵ Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 59.

²³⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 88 et 89.

²³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 89.

au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, car cette approche a été élaborée par l'Organe d'appel, dans l'affaire *CE – Amiante*, sur la base du principe général énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994, qui n'a pas d'équivalent dans l'*Accord OTC*. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a souligné la pertinence du "principe général" formulé à l'article III:1, tel qu'il est énoncé à l'article III:4, et la façon dont ce principe commande l'interprétation du concept de produits similaires figurant à l'article III:4. Selon l'Organe d'appel²³⁸, "l'expression "produits similaires" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 doit être interprétée de manière à donner une portée et un sens corrects" au "principe général" formulé à l'article III:1 du GATT de 1994 et énoncé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* comme suit:

"L'objectif fondamental de l'article III est d'éviter le protectionnisme lorsque des taxes et des mesures de réglementation intérieure sont appliquées. Plus précisément, l'objet de l'article III "est de veiller à ce que les mesures intérieures ne soient pas appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale". Pour ce faire, il oblige les Membres de l'OMC à garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux. ... l'article III ne vise pas à protéger les anticipations concernant un volume d'échanges donné, mais plutôt les anticipations relatives à l'égalité du rapport compétitif entre les produits importés et les produits nationaux. ...".²³⁹

7.100 Comme l'Organe d'appel l'a fait observer dans l'affaire *CE – Amiante*, "il doit y avoir concordance entre l'objectif visé par l'article III, tel qu'il est énoncé dans le "principe général" formulé à l'article III:1, et l'interprétation de la manière dont ce principe est spécifiquement exprimé dans le libellé de l'article III:4."²⁴⁰ Pour l'Organe d'appel, cette interprétation "doit donc traduire le fait que, en tentant d'assurer "l'égalité des conditions de concurrence", le "principe général" énoncé à l'article III vise à éviter que les Membres n'appliquent des taxes et des réglementations intérieures d'une façon qui fausse le rapport de concurrence, sur le marché, *entre les produits nationaux et les produits importés considérés*, "de manière à protéger la production nationale"²⁴¹.

7.101 L'Organe d'appel a donc expliqué qu'"une détermination relative au concept de "similarité" énoncé à l'article III:4 [était] essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits".²⁴² Toutefois, comme l'Organe d'appel l'a reconnu, "il y a une échelle des niveaux de "compétitivité" ou de "substituabilité" des produits sur le marché et ... il est difficile, voire impossible, d'indiquer dans l'abstrait, d'une manière précise, où se situe sur cette échelle le terme "similaires" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994."²⁴³ L'Organe d'appel a ensuite précisé ce qui suit: "nous ne disons pas que *tous* les produits entre lesquels existe un *certain* rapport de concurrence sont des "produits similaires" au sens de l'article III:4".²⁴⁴

²³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 98.

²³⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 19. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 97.

²⁴⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 98.

²⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 98. (italique dans l'original)

²⁴² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

²⁴³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

²⁴⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99 (italique dans l'original). Nous notons que cet examen doit être placé dans le contexte de l'image d'un accordéon donnée par l'Organe d'appel en vue de différencier le concept de "produit similaire" qui est visé dans la première phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 de celui qui est énoncé à l'article III:4 du GATT de 1994. (Voir ci-dessous notre examen de l'approche de l'accordéon élaborée par l'Organe d'appel.) En résumé, l'Organe d'appel a estimé que le concept de "produit similaire" énoncé à l'article III:4 du GATT de 1994 devait être interprété d'une manière plus large que le même concept formulé à l'article III:2 du GATT de 1994, parce que ce dernier comportait une obligation différente concernant les produits directement concurrents ou substituables, et que ce deuxième type de produit n'était pas

7.102 Lorsque le Groupe spécial les a interrogées à ce sujet, les deux parties ont estimé qu'il n'était pas nécessaire d'avoir un libellé similaire à celui de l'article III:1 du GATT de 1994 dans l'*Accord OTC* pour transposer à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* la jurisprudence fondée sur la concurrence relative à l'article III:4 du GATT de 1994.²⁴⁵ Les États-Unis vont plus loin et soutiennent qu'ils ne considèrent pas que l'absence d'"un équivalent à l'article III:1 dans l'*Accord OTC* soit une raison pour adopter une conception de la "similarité" fondamentalement différente dans l'*Accord OTC*".²⁴⁶

7.103 À notre avis, l'absence dans l'*Accord OTC* d'un libellé tel que celui de l'article III:1 du GATT de 1994 a une signification pour notre exercice d'interprétation. Même si le GATT de 1994 était considéré comme servant de contexte à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, il ne constituerait pas le contexte immédiat de cette disposition. Comme nous le verrons ci-après, nous estimons qu'un interprète devrait d'abord évaluer le contexte immédiat de la disposition devant être interprétée, avant de recourir à un moyen d'interprétation qui est ensuite retiré.

7.104 Nous nous appuyons également sur l'image de l'accordéon donnée par l'Organe d'appel pour décrire la similarité. Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, l'Organe d'appel a incité l'interprète à utiliser avec circonspection les quatre critères généraux définis par le Groupe de travail sur les *ajustements fiscaux à la frontière*, et il l'a fait en représentant le concept de similarité par un *accordéon* qui "s'étire et se resserre" selon le contexte et l'accord visé dans lequel il apparaît:

"Aucune approche unique pour exercer un jugement ne sera appropriée pour tous les cas. Les critères définis dans le rapport sur les *ajustements fiscaux à la frontière* devraient être examinés, mais il ne peut pas exister de définition précise et absolue de ce qui est "similaire". Le concept de la "similarité" a un caractère relatif qui évoque l'image d'un accordéon. L'accordéon de la "similarité" s'étire et se resserre en des

visé à l'article III:4 du GATT de 1994. Immédiatement après le passage cité ci-dessus, l'Organe d'appel a indiqué en particulier ce qui suit:

"Pour statuer sur la mesure en cause, nous n'essayons en outre pas de définir la portée précise du terme "similaires" figurant à l'article III:4. Nous ne souhaitons pas non plus nous prononcer sur le point de savoir si la portée de l'expression "produits similaires" figurant à l'article III:4 est la même que la portée du terme "similaires" combinée à celle de l'expression produits "directement concurrents ou directement substituables" à l'article III:2. Nous reconnaissons toutefois que le lien entre ces deux dispositions est important, parce que la distinction n'est pas nette entre la réglementation fiscale visée par l'article III:2 et la réglementation non fiscale visée par l'article III:4. Ces deux types de réglementation peuvent souvent être utilisés pour parvenir au même résultat. Il serait incongru que, à cause d'une différence importante entre les produits visés par ces deux dispositions, les Membres ne puissent pas recourir à une forme de réglementation – par exemple la réglementation fiscale – pour protéger la production nationale de certains produits, mais soient en mesure d'utiliser une autre forme de réglementation – comme la réglementation non fiscale – pour parvenir au même résultat. Cela irait à l'encontre d'une application cohérente du "principe général" énoncé à l'article III:1. Pour ces raisons, nous concluons que la portée du terme "similaires" figurant à l'article III:4 est plus vaste que celle du même terme utilisé dans la première phrase de l'article III:2. Néanmoins, nous notons, une fois de plus, que l'article III:2 vise non seulement les "produits similaires", mais également les produits "directement concurrents ou directement substituables", et que l'article III:4 ne vise que les "produits similaires". Compte tenu de cette différence de libellé, et bien que nous ne devions pas statuer, et que nous ne statuons pas, sur le champ précis des produits visés par l'article III:4, nous concluons que le champ des produits visés par l'article III:4, tout en étant plus vaste que le champ couvert par la première phrase de l'article III:2, n'est certainement pas plus vaste que le champ combiné des produits visés par les deux phrases de l'article III:2 du GATT de 1994."

²⁴⁵ Réponse de l'Indonésie à la question n° 26 b) du Groupe spécial.

²⁴⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial.

points différents au gré des différentes dispositions de l'Accord sur l'OMC qui sont appliquées. L'étirement de l'accordéon en un quelconque de ces points doit être déterminé par la disposition particulière dans laquelle le terme "similaire" se trouve, ainsi que par le contexte et les circonstances propres à un cas donné auquel cette disposition peut être applicable."²⁴⁷

7.105 En conséquence, l'"accordéon" des produits similaires tel qu'il est envisagé par l'Organe d'appel autorise, et éventuellement prescrit, des interprétations différentes de l'expression "produits similaires" dans le cadre de l'article III:4 du GATT de 1994 et dans le cadre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.²⁴⁸

7.106 Nous soulignons également que, comme nous l'avons déjà relevé, malgré la similitude des libellés, l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et l'article III:4 du GATT de 1994 diffèrent en ce que le premier s'applique uniquement aux règlements techniques, alors que le deuxième s'applique à une gamme bien plus large d'instruments. Ce point est pertinent pour l'interprétation de cette disposition. En particulier, l'obligation énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* s'applique "pour ce qui concerne" un règlement technique. Comme les États-Unis le font valoir, le sens ordinaire de l'expression "pour ce qui concerne" est "être orienté vers; se référer à; se rapporter à; traiter de; concerner". Nous rappelons que les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de tenir compte de cette différence textuelle avec l'article III:4 du GATT de 1994 dans son analyse de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.²⁴⁹

7.107 Rappelant les constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante* selon lesquelles, même dans la mesure où les termes utilisés sont identiques, ils "doi[vent] être interprété[s] à la lumière du contexte, ainsi que de l'objet et du but, de la disposition en cause"²⁵⁰, et l'article 31 2) de la Convention de Vienne, qui dispose que le *contexte* aux fins de l'interprétation d'un traité comprend le texte de l'accord, y compris le préambule et les annexes, nous examinons le contexte immédiat de l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, à savoir l'article 2.1 de l'*Accord OTC* lui-même, ainsi que l'*Accord OTC* dans son ensemble.

7.108 L'Annexe 1 de l'*Accord OTC* donne la définition d'un règlement technique aux fins de l'*Accord OTC* et sert donc de contexte pour l'interprétation de l'article 2.1 de cet *accord*. Nous rappelons qu'un règlement technique est défini comme étant un "[d]ocument qui énonce les caractéristiques d'un produit ... dont le respect est obligatoire". L'article 907 a) 1) A)²⁵¹ énonce effectivement, sous une forme négative²⁵², une caractéristique d'un produit dont le respect est obligatoire: les cigarettes ne peuvent pas avoir un arôme caractérisant. Une exception est faite pour les cigarettes ayant le tabac ou le menthol pour arôme caractérisant.²⁵³

7.109 Le fait que l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique et a pour but immédiat de réglementer les caractéristiques d'un produit (arômes caractérisants) pour certains types de produits (cigarettes) devrait avoir une certaine importance, et peut-être une grande importance, dans la

²⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 21.

²⁴⁸ Voir la note de bas de page 244 ci-dessus.

²⁴⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 216.

²⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 88.

²⁵¹ Ainsi qu'il est expliqué ci-dessus, les deux parties s'accordent à reconnaître que l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique.

²⁵² Nous renvoyons à la section VII.C où la définition du règlement technique est examinée, y compris au rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, dans lequel l'Organe d'appel a constaté que les règlements techniques "[pouvaient] être prescrits ou imposés sous une forme soit positive, soit négative". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 176.

²⁵³ Nous examinerons la question de savoir si l'on pourrait dire qu'une cigarette a un arôme de tabac, puisque toutes les cigarettes sont principalement composées de tabac et en ont donc le goût, dans la section consacrée aux caractéristiques physiques (voir le paragraphe 7.131 ci-dessous).

détermination de la question de savoir si les produits en cause sont similaires. De fait, les cigarettes ayant des arômes caractérisants sont réglementées par l'article 907 a) 1) A) comme un groupe unique de produits.

7.110 En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont expliqué que, dans une observation formulée par le Sénat figurant dans le dossier législatif de l'article 907 a) 1) A), il est précisé que "[s]i l'expression "arôme caractérisant" n'est pas définie dans la législation, elle est censée englober les additifs qui produisent un arôme, un goût ou un parfum distinctif donné par le produit".²⁵⁴ Par conséquent, pour être réglementée et donc interdite par l'article 907 a) 1) A), une cigarette doit comprendre un additif qui produit un arôme, un goût ou un parfum distinctif. Selon cette interprétation, le fait que des cigarettes contiennent de tels additifs devrait être davantage pris en compte dans la détermination de la similarité que les critères liés à la concurrence ou autres, puisque c'est précisément cette particularité qui détermine si une cigarette entre ou non dans le champ d'application du règlement technique en cause, à savoir l'article 907 a) 1) A).

7.111 Nous rappelons qu'en vertu de l'article 31 1) de la Convention de Vienne, un interprète doit examiner l'objet et le but du traité, en l'espèce l'*Accord OTC*. Comme les États-Unis l'expliquent²⁵⁵, le préambule de l'*Accord OTC* définit son objet et son but. En particulier, le deuxième considérant du préambule de l'*Accord OTC* indique, comme but, que les Membres sont [*d*]ésireux de favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994". Pour les États-Unis, cela signifie que les Membres envisageaient que l'*Accord OTC* était compatible avec le GATT de 1994, et que ses dispositions devraient être interprétées dans le contexte d'une action consistant à favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994.

7.112 Nous notons que le terme "to further" (favoriser) signifie "help the progress ou development of (something); promote" (aider au progrès ou au développement de (quelque chose); promouvoir).²⁵⁶ Cela peut être interprété comme signifiant que la jurisprudence concernant l'article III:4 du GATT de 1994 ne peut simplement pas être transposée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, puisque ce dernier est censé être un développement – un pas en avant – par rapport aux disciplines du GATT de 1994, y compris l'article III:4. Toutefois, cela peut aussi vouloir dire que l'*Accord OTC* sert à "promouvoir" le GATT de 1994 et, en ce sens, on pourrait faire valoir que la jurisprudence au titre de l'article III:4 pourrait être transposée à l'article 2.1.

7.113 Le Préambule indique aussi dans son sixième considérant que les Membres "[*r*]econnaiss[ent] que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires ... à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés [...]".²⁵⁷ Pour les États-Unis, cette déclaration confirme le droit général des Membres d'adopter des mesures pour des objectifs légitimes, y compris pour protéger la santé des personnes, même lorsque ces mesures affectent ou même restreignent le commerce international, pour autant que certaines conditions soient remplies. À leur avis, cette déclaration reconnaît la légitimité et

²⁵⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 14 du Groupe spécial, paragraphe 32. Les États-Unis donnent la référence suivante: 155 Cong. Rec. S64111 (June 10, 2009) (pièce US-98).

²⁵⁵ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 96 à 101.

²⁵⁶ Oxford English Dictionary en ligne, consulté le 30 avril 2011. Voir aussi *Shorter Oxford English Dictionary*, 5^{ème} éd., W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), Vol. I, page 1053, où le terme "further" (favoriser) est défini comme signifiant, entre autres choses, "Help on, assist; promote, favour" (Aider à, contribuer; promouvoir, faciliter); *Webster's Online Dictionary*, consulté le 30 avril 2011, définissant "further" comme signifiant "to help forward" (faire avancer).

²⁵⁷ Pour une citation complète, voir le paragraphe 7.3 ci-dessus.

la compatibilité avec les règles de l'OMC des règlements techniques qui sont adoptés pour réaliser des objectifs tels que la protection de la santé des personnes ou de l'environnement.²⁵⁸

7.114 À notre avis, le sixième considérant du préambule conjugué au critère de nécessité prévu à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*²⁵⁹ pourrait justifier une interprétation de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* différente de celle qui a été élaborée dans le cadre de l'article III:4 du GATT de 1994, compte tenu de la nature des mesures visées par l'*Accord OTC*.

7.115 Les États-Unis font aussi valoir que cela signifie que l'analyse de la "similarité" au titre du GATT de 1994 et de l'*Accord OTC* devrait être éclairée par le contexte particulier de l'*Accord OTC* au moyen de l'examen "non seulement de la nature du rapport de concurrence parmi et entre les produits, mais aussi de la nature des considérations de santé publique sur lesquelles le règlement technique en cause est fondé".²⁶⁰ En particulier, les États-Unis ont demandé au Groupe spécial d'"analyser avec soin l'importance des caractères que toutes les cigarettes ont généralement en commun et des caractères qui sont importants du point de vue de l'objectif de santé publique de la mesure en cause".²⁶¹ Les États-Unis nous disent que les considérations de santé publique à la base de l'article 907 a) 1) A) devraient être examinées dans l'analyse de la "similarité" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, "puisque'il existe certains "principes contextuels" qui éclairent l'obligation d'accorder le traitement national".²⁶² Nous notons que ce point de vue va plus loin que ce qui est expliqué ci-dessus au sujet de la prise en compte du but immédiat de l'article 907 a) 1) A) en tant que règlement technique, qui est de réglementer les cigarettes ayant des arômes caractérisants.

7.116 Nous convenons que, dans le contexte de l'*Accord OTC* et à la lumière de son objet et de son but formulés dans les considérants du préambule susmentionnés, nous devons garder à l'esprit l'importance de l'objectif de santé publique d'un règlement technique et la façon dont certaines particularités des produits pertinents, leurs utilisations finales ainsi que la perception qu'en ont les consommateurs doivent être évaluées à la lumière de cet objectif. Dans la présente affaire, l'objectif de santé publique légitime déclaré de l'article 907 a) 1) A), à savoir la réduction du tabagisme chez les jeunes, doit imprégner et éclairer notre analyse de la similarité.

7.117 Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que l'approche que nous adopteront pour interpréter l'article 2.1 de l'*Accord OTC* doit prévoir que l'*Accord OTC* sera examiné en premier en tant que contexte immédiat de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. La jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994, disposition qui sert aussi de contexte quoique non immédiat, peut aussi être examinée. À notre avis, cette jurisprudence est pertinente car l'article III:4 du GATT de 1994 a un libellé presque identique à celui de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

7.118 Comme l'Organe d'appel l'a dit dans l'affaire *CE – Amiante*, nous reconnaissons cependant que même dans la mesure où les termes utilisés sont identiques, ils "doi[vent] être interprété[s] à la lumière du contexte, ainsi que de l'objet et du but, de la disposition en question, et à la lumière de l'objet et du but de l'accord visé dans lequel figure cette disposition".²⁶³ Pour paraphraser l'Organe d'appel, le sens attribué à l'expression "produits similaires" dans d'autres dispositions des Accords de l'OMC, peut être pertinent pour interpréter l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, mais l'interprétation de cette expression telle qu'elle figure à l'article 2.1 n'est pas forcément à tous les égards identique à ces autres

²⁵⁸ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 98.

²⁵⁹ Nous examinons l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* dans la section VII.F ci-dessous.

²⁶⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial. Voir aussi la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.

²⁶¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 159.

²⁶² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.

²⁶³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 88 et 89.

sens. Cette approche de l'interprétation de l'article 2.1 est corroborée par l'image de l'accordéon utilisée par l'Organe d'appel, qui est décrite plus haut.

7.119 Compte tenu des considérations qui précèdent, nous ne pensons pas que l'interprétation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, dans les circonstances de la présente affaire où nous traitons d'un règlement technique qui a un objectif de santé publique légitime, doit être abordée avant tout sous l'angle de la concurrence. Nous pensons plutôt que les éléments de preuve concernant les critères relatifs à la similarité devraient être soupesés au regard du fait que l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique dont le but immédiat est de réglementer les cigarettes ayant un arôme caractérisant pour des raisons de santé publique. Ainsi qu'il est expliqué plus haut, nous devons accorder une attention particulière à l'importance de l'objectif de santé publique d'un règlement technique et à la façon dont certaines particularités des produits pertinents, leurs utilisations finales, ainsi que la perception qu'en ont les consommateurs, doivent être évaluées à la lumière de cet objectif. Dans la présente affaire, l'objectif de santé publique légitime déclaré de l'article 907 a) 1) A), à savoir la réduction du tabagisme chez les jeunes, doit imprégner et éclairer notre analyse de la similarité. Comme nous l'expliquerons plus en détail ci-après, ce point est particulièrement pertinent pour l'examen des caractéristiques physiques qui sont importantes pour le but immédiat de l'article 907 a) 1) A), qui est de réglementer les cigarettes ayant des arômes caractérisants, ainsi que du critère relatif aux goûts et aux habitudes des consommateurs, domaine dans lequel la perception des consommateurs, ou plutôt des consommateurs potentiels, ne peut être évaluée que par rapport à l'objectif de protection de la santé du règlement technique en cause.

7.120 Nous poursuivrons donc notre analyse de la similarité en gardant ces considérations à l'esprit. Nous commencerons par présenter les critères traditionnels relatifs à la similarité.

ii) *Critères traditionnels relatifs à la similarité*

7.121 Dans le rapport *Ajustements fiscaux à la frontière*, le Groupe de travail du GATT a indiqué pour analyser la "similarité" une approche qui a ensuite été suivie et développée par des groupes spéciaux et par l'Organe d'appel.²⁶⁴ Cette approche consiste essentiellement à utiliser quatre critères généraux pour analyser la "similarité":

- a) propriétés, nature et qualité des produits;
- b) utilisations finales des produits;
- c) goûts et habitudes des consommateurs – critère plus complètement appelé perceptions et comportement des consommateurs – en ce qui concerne les produits; et
- d) classement tarifaire²⁶⁵ des produits.²⁶⁶

²⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 23; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.8, où le Groupe spécial a appliqué l'approche indiquée dans l'affaire *Ajustements fiscaux à la frontière* à un différend concernant l'article III:4 du GATT de 1994. Ce point n'a pas fait l'objet d'un appel. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101.

²⁶⁵ Le quatrième critère, le classement tarifaire, n'a pas été mentionné par le Groupe de travail des *Ajustements fiscaux à la frontière*, mais a été utilisé par des groupes spéciaux ultérieurs (voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux du GATT *CEE – Protéines pour l'alimentation des animaux*, paragraphe 4.2 et *Japon – Boissons alcooliques I*, paragraphe 5.6).

²⁶⁶ Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit:

"Nous notons que ces quatre critères recouvrent quatre catégories de "caractéristiques" qui peuvent être communes aux produits visés: i) les propriétés physiques des produits; ii) la mesure dans laquelle les produits peuvent avoir les mêmes utilisations finales ou des

7.122 Nous rappelons que dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a dit que les quatre critères généraux "serv[aient] de cadre à l'analyse de la "similarité" de produits particuliers au cas par cas".²⁶⁷ Il a ensuite précisé que ces critères n'étaient "que des outils permettant de répertorier et d'examiner les éléments de preuve pertinents" et qu'il ne s'agissait "pas d'une liste de critères énoncée dans un accord ni d'une liste définitive".²⁶⁸ Il a également bien indiqué que, même si chaque critère se rapportait en principe à un aspect différent des produits en cause à examiner séparément, ces critères étaient interdépendants.²⁶⁹

7.123 À cet égard, nous reconnaissons que nous avons le devoir d'examiner, dans chaque cas, *tous* les éléments de preuve qui nous sont présentés.²⁷⁰ Nous rappelons que l'Organe d'appel a dit que, une fois que tous les éléments de preuve pertinents avaient été examinés, les groupes spéciaux devaient déterminer si "ces éléments de preuve, ensemble, indiqu[aient] que les produits en question [étaient] "similaires" au regard de la disposition juridique considérée."²⁷¹ En conséquence, il nous incomberait, après avoir examiné tous les éléments de preuve présentés par les parties, de déterminer si les produits en cause sont "similaires" au regard de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

iii) *Analyse de la similarité des produits concernés*

Produits nationaux et produits importés pertinents aux fins de l'analyse de la similarité dans la présente affaire

7.124 La première étape dans un examen de la similarité consiste à identifier les produits nationaux et les produits importés qui doivent être comparés. Nous notons que cette question se pose dans l'étape relative à la "similarité" et de nouveau dans l'étape concernant le "traitement moins favorable" de l'analyse du traitement national.

7.125 L'identification des produits que le Groupe spécial doit comparer aux fins de son analyse de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est, dans la présente affaire, une question dont il apparaît qu'elle concerne notre mandat. En effet, si nous examinons la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, qui, comme nous l'expliquons ci-dessous, délimite notre mandat, nous observons qu'elle définit le produit similaire national comme étant "les cigarettes mentholées". De fait, nous ne trouvons aucune mention dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie d'un type de cigarette autre que les cigarettes aux clous de girofle ou les cigarettes mentholées.

utilisations finales semblables; iii) la mesure dans laquelle les consommateurs perçoivent et considèrent les produits comme d'autres moyens de remplir des fonctions particulières pour satisfaire à un désir ou à une demande spécifique; et iv) la classification internationale des produits à des fins tarifaires."

Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101.

²⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

²⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

²⁶⁹ L'Organe d'appel a expliqué ce qui suit:

"... l'adoption d'un cadre particulier pour faciliter l'examen des éléments de preuve n'élimine pas le devoir ni la nécessité d'examiner, dans chaque cas, tous les éléments de preuve pertinents. En outre, même si chaque critère se rapporte en principe à un aspect différent des produits considérés, qui devrait être examiné séparément, les différents critères sont interdépendants. Par exemple, les propriétés physiques des produits conditionnent et limitent les utilisations finales que ces produits peuvent avoir. Les perceptions des consommateurs peuvent de même influencer – modifier ou même rendre obsolètes – les utilisations traditionnelles des produits. Le classement tarifaire correspond clairement aux propriétés physiques d'un produit."

Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

²⁷⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

²⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 103.

7.126 En particulier, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie indique que "frapper les cigarettes aux clous de girofle d'une interdiction aux États-Unis tout en exemptant les *cigarettes mentholées* de l'interdiction est incompatible", entre autres choses, avec "[l]'article III:4 du GATT de 1994 parce que la mesure soumet un produit importé, les cigarettes aux clous de girofle, à un traitement qui est "moins favorable" que le traitement accordé à un produit national similaire, les *cigarettes mentholées*" (pas d'italique dans l'original).²⁷²

7.127 De même, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, par l'Indonésie allègue que la mesure en cause²⁷³ est incompatible avec "[l]'article 2.1 de l'Accord OTC, parce que la mesure aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à un produit national similaire, les *cigarettes mentholées*".²⁷⁴ (pas d'italique dans l'original)

7.128 Dans sa première communication écrite, l'Indonésie introduit cependant une nouvelle catégorie de cigarettes nationales dans l'argumentation qu'elle présente à l'appui de ses allégations relatives au traitement national. Bien qu'au départ, l'Indonésie désigne le plus souvent cette nouvelle catégorie de cigarettes nationales par l'expression cigarettes "ordinaires"²⁷⁵, à partir de sa deuxième communication écrite, elle utilise principalement l'expression cigarettes "aromatisées au tabac"²⁷⁶ et, occasionnellement, l'expression cigarettes "à l'arôme ordinaire"²⁷⁷ ou à l'"arôme de tabac ordinaire".²⁷⁸

7.129 Nous notons que l'argumentation de l'Indonésie a aussi évolué parallèlement à l'utilisation d'une terminologie différente pour cette nouvelle catégorie de cigarettes nationales. Alors que, dans sa première communication écrite, le produit national aux fins de la comparaison indiqué par l'Indonésie était les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées, son argumentation concernant la similarité était principalement axée sur une comparaison entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées.²⁷⁹ Toutefois, en réponse à une question du Groupe spécial, l'Indonésie lui a demandé de procéder d'abord à une analyse du produit similaire pour les cigarettes aux clous de girofle, d'une part, et pour les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes "aromatisées au tabac", à savoir les cigarettes ordinaires, produites aux États-Unis, d'autre part. En outre, "c'est seulement si cette analyse n'aboutissait pas à une détermination de la similarité, qu'il serait nécessaire

²⁷² Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, WT/DS406/2, page 1.

²⁷³ La demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie se réfère à l'article 907 de la *Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial*, mais la première communication écrite de l'Indonésie fait mention de l'article 101 de cette même loi. En réponse à la question n° 9 du Groupe spécial, les parties ont précisé que l'appellation correcte de la mesure en cause était "article 907 a) 1) A) de la *Loi sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques* (telle que modifiée par la *Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial*)". Voir le paragraphe 2.4 ci-dessus.

²⁷⁴ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, WT/DS406/2, page 2.

²⁷⁵ Voir, par exemple, la première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 40 (et note de bas de page 50 y relative), 43, 57, 60, 62, 63, 72; la déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 93, 94, 95, 96, 97, 98, 102, 104, 105, 106, 107, 113, 118, 119, 120, 123.

²⁷⁶ Voir, par exemple, la deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 65 à 74, 77, 78, 81, 82, 84, 87 à 90, 92, 93, 96, 100 et 104; la déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 48 à 50, 52, 54, 56 à 58, 61 et 66.

²⁷⁷ Voir, par exemple, la réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphes 13 et 14; la réponse de l'Indonésie à la question n° 88 du Groupe spécial; la réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphes 22, 24; la réponse de l'Indonésie à la question n° 93 du Groupe spécial; la réponse de l'Indonésie à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphes 26 et 27; les observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial, paragraphes 25; la réponse de l'Indonésie à la question n° 89 du Groupe spécial, paragraphes 29 et 30; la réponse de l'Indonésie aux questions n° 95 et 96 du Groupe spécial.

²⁷⁸ Voir, par exemple, la première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54.

²⁷⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 48 à 52; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 123.

que le Groupe spécial analyse la similarité des cigarettes aux clous de girofle, d'une part, et des cigarettes aromatisées au menthol produites aux États-Unis, d'autre part".²⁸⁰

7.130 L'Indonésie n'a pas été la seule à utiliser une terminologie différente pour désigner la nouvelle catégorie de cigarettes nationales. Les États-Unis ont également suivi une approche mixte, utilisant à la fois les expressions "cigarettes ordinaires"²⁸¹ et cigarettes "aromatisées au tabac"²⁸², même s'ils ont employé le terme "ordinaires" plus souvent. Ils ont également utilisé les expressions cigarettes "au tabac ordinaire"²⁸³ et cigarettes "aromatisées au tabac ordinaire".²⁸⁴

7.131 Les parties ont donc souvent utilisé les expressions cigarettes "ordinaires" et cigarettes "aromatisées au tabac" de façon interchangeable dans le présent différend. Nous pensons que cela peut créer une certaine confusion quant au produit qui est examiné. En effet, parler de cigarettes aromatisées au tabac peut induire le lecteur en erreur et lui faire croire que des cigarettes comme les cigarettes aux clous de girofle ou les cigarettes aromatisées au menthol ne contiennent pas de tabac. En réalité, toutes les cigarettes contiennent du tabac, mais les cigarettes aromatisées telles que les cigarettes mentholées, les kreteks, les bidis, etc., contiennent également un additif qui confère l'arôme caractérisant dont parle l'article 907 a) 1) A) ou, comme la communauté internationale le fait valoir²⁸⁵, qui améliore le goût. Comme l'a dit l'Indonésie, "[l]es cigarettes peuvent contenir toute une série d'ingrédients et d'arômes qui sont incorporés au tabac ...".²⁸⁶ Nous avons décidé d'utiliser l'expression cigarettes "ordinaires" car nous pensons qu'elle décrit mieux le fait que ces cigarettes ne contiennent pas d'arômes caractérisants additionnels.

7.132 Lorsque nous avons demandé aux parties si nous outrepasserions notre mandat en procédant à l'analyse de la similarité entre, d'une part, les cigarettes aux clous de girofle et, d'autre part, les

²⁸⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 27 du Groupe spécial, paragraphe 71.

²⁸¹ Voir, par exemple, la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 148, 164, 165, 167, 174, 185, 189, note de bas de page 246 relative au paragraphe 192, note de bas de page 254 relative au paragraphe 203; la réponse des États-Unis aux questions n° 30 du Groupe spécial, note de bas de page 59 relative au paragraphe 68; n° 31; n° 33, paragraphe 75; n° 34, paragraphe 79; n° 37, paragraphes 85, 86; n° 38, paragraphes 91, 94, 96; n° 41, paragraphe 105; la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 116; la réponse des États-Unis à la question n° 86 du Groupe spécial, paragraphes 14, 15, 16; la réponse de l'Indonésie à la question n° 87 du Groupe spécial, paragraphe 18; la réponse de l'Indonésie à la question n° 88 du Groupe spécial, paragraphe 23; la réponse de l'Indonésie à la question n° 91 du Groupe spécial, paragraphes 38, 39, 40; la réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 44; les observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 17; les observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 93 du Groupe spécial, paragraphes 22 et 23; les observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 94 du Groupe spécial, note de bas de page 22 relative au paragraphe 27.

²⁸² Voir, par exemple, la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 148, 209; la déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 24, 31, 32, 47; la déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 22, 32, 45, 55; la réponse des États-Unis à la question n° 84 du Groupe spécial, paragraphe 10; la réponse des États-Unis à la question n° 86 du Groupe spécial, paragraphe 13; la réponse des États-Unis à la question n° 90 du Groupe spécial, paragraphes 31, 35; les observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 85 du Groupe spécial, paragraphes 9, 10, 13; les observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 93 du Groupe spécial, paragraphe 23; les observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 94 du Groupe spécial, paragraphes 25 et 26.

²⁸³ Voir, par exemple, la réponse des États-Unis à la question n° 30 du Groupe spécial, paragraphe 69.

²⁸⁴ Voir, par exemple, la réponse des États-Unis à la question n° 88 du Groupe spécial, paragraphes 23 et 91, paragraphe 38.

²⁸⁵ Voir la partie descriptive, paragraphes 2.29 à 2.32.

²⁸⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 4; note de bas de page 7 relative au paragraphe 4 (faisant référence à la pièce IND-5, qui contient le document suivant: Richard R. Baker, Eian D. Massey, et Graham Smith, "An overview of the effects of tobacco ingredients on smoke chemistry and toxicology," Food and Chemical Toxicity 42S (2004) at S57-S64 ("l'étude *Baker*").

cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires produites aux États-Unis, l'**Indonésie** a répondu par la négative.²⁸⁷ L'Indonésie explique qu'elle a cité les cigarettes mentholées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial à titre d'exemple de produit similaire de fabrication nationale.²⁸⁸ Elle explique aussi toutefois qu'au début de la procédure, elle était convaincue que les cigarettes aux clous de girofle produites en Indonésie étaient "similaires" aux cigarettes contenant du menthol produites aux États-Unis mais que, plus tard, elle s'est rendu compte que les cigarettes importées contenant des clous de girofle étaient similaires à la fois aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires.²⁸⁹ L'Indonésie fait en outre valoir que le fait que seules les cigarettes mentholées étaient mentionnées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial n'a pas porté préjudice aux États-Unis.²⁹⁰

7.133 Les **États-Unis** conviennent avec l'Indonésie que le Groupe spécial pourrait inclure les cigarettes ordinaires nationales dans l'analyse de la similarité sans outrepasser son mandat. Pour les États-Unis, une demande d'établissement d'un groupe spécial doit indiquer la ou les mesures pertinentes et les allégations qui sont soulevées. Les États-Unis soutiennent que l'Organe d'appel a établi une distinction entre les "allégations" et les "arguments" pour l'examen d'une demande d'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6.2 du Mémoire d'accord.²⁹¹ Ils font valoir que les produits nationaux devant être examinés dans l'analyse de la similarité sont des éléments qui concernent l'argumentation présentée par les parties au différend pour étayer ou contester l'allégation concernant le traitement national, et devraient être indiqués dans les communications écrites et orales des parties. Ainsi, selon les États-Unis, les produits nationaux qui servent de base à l'argumentation ne relèveraient pas du mandat d'un groupe spécial.²⁹²

7.134 Malgré les vues exprimées par les parties, nous estimons que nous devons examiner cette question car elle concerne notre domaine de compétence. À ce sujet, l'Organe d'appel a indiqué aux groupes spéciaux que certains pouvoirs étaient inhérents à leur fonction juridictionnelle et que "les groupes spéciaux [avaient] le droit de déterminer s'ils [étaient] compétents dans une affaire donnée, ainsi que de déterminer le champ de leur compétence".²⁹³ L'Organe d'appel a également précisé qu'"il exist[ait] une règle largement admise voulant qu'un tribunal international soit habilité à examiner de sa propre initiative la question de sa propre compétence".²⁹⁴ Nous allons donc examiner si nous outrepasserions notre mandat en incluant les cigarettes ordinaires dans l'analyse de la similarité.

7.135 Nous commençons par examiner le libellé de l'article 6:2 du Mémoire d'accord qui est le suivant:

"La demande d'établissement d'un groupe spécial sera présentée par écrit. Elle précisera si des consultations ont eu lieu, indiquera les mesures spécifiques en cause et contiendra un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème."

7.136 L'article 6.2 du Mémoire d'accord dispose donc, entre autres choses, qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial doit indiquer les mesures spécifiques en cause et contenir un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. Comme l'Organe d'appel l'a constaté dans l'affaire *Guatemala – Ciment I*, ces prescriptions

²⁸⁷ Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 6.

²⁸⁸ Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 12.

²⁸⁹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 14.

²⁹⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 12.

²⁹¹ Réponse des États-Unis à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 7.

²⁹² Réponse des États-Unis à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 7.

²⁹³ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 45.

²⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 1916*, note de bas de page 30 relative au paragraphe 54.

"[p]rises ensemble ... constituent la "question portée devant l'ORD", qui est le fondement du mandat d'un groupe spécial" au titre de l'article 7 du Mémoire d'accord.²⁹⁵ Comme l'a en outre expliqué le Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, la demande d'établissement d'un groupe spécial "définit et limite la portée du différend et, partant, le domaine de compétence d'un groupe spécial".²⁹⁶

7.137 Le Groupe spécial reconnaît que l'article 6:2 du Mémoire d'accord ne mentionne pas la nécessité de préciser les produits concernés dans une demande d'établissement d'un groupe spécial. Nous pensons toutefois que l'absence d'une telle obligation ne devrait pas être interprétée comme signifiant que, lorsque les produits particuliers affectés par la mesure en cause sont indiqués dans une demande d'établissement d'un groupe spécial, cette indication est dénuée de toute pertinence. Nous notons que notre interprétation est partagée par des groupes spéciaux antérieurs.²⁹⁷

7.138 Nous sommes parfaitement conscients que, comme les États-Unis l'ont fait valoir, l'Organe d'appel a établi une distinction entre les "allégations" et les "arguments" pour l'examen d'une demande d'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.²⁹⁸ En effet, comme l'Organe d'appel l'a expliqué, "[l]'article 6:2 du Mémoire d'accord prescrit que les *allégations*, mais non les *arguments*, doivent toutes être indiquées de manière suffisante dans la demande d'établissement d'un groupe spécial".²⁹⁹

7.139 Toutefois, nous ne partageons pas l'avis des États-Unis selon lequel l'indication du produit national similaire dans une demande d'établissement d'un groupe spécial n'est rien d'autre que de l'argumentation. Il nous semble que dans certains cas, comme dans la présente affaire, l'indication des produits spécifiques en cause dans une demande d'établissement d'un groupe spécial se rapporte à l'allégation en question, c'est-à-dire la présentation d'"un bref exposé du fondement juridique de la plainte", plutôt qu'aux arguments relatifs à cette allégation. En effet, l'article 2.1 de l'*Accord OTC* définit l'obligation de traitement national qu'il énonce en se référant directement au produit importé et au produit national similaire; les deux concepts servent à orienter la détermination de la portée d'une telle obligation. Par conséquent, l'indication de ces deux types de produits dans la demande d'établissement d'un groupe spécial se rapporte plutôt à la présentation d'"un bref exposé du fondement juridique de la plainte", et non pas exclusivement à l'argumentation.

²⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment I*, paragraphe 73; rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphes 7.22 et 7.26.

²⁹⁶ Rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.30.

²⁹⁷ Dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*, le plaignant (les États-Unis) avait donné dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial une liste particulière de produits pertinents (à savoir les livres, journaux et périodiques). Le Groupe spécial a examiné si l'utilisation par les États-Unis d'une liste de publications aussi limitée dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial avait été suffisante pour informer le défendeur (la Chine) qu'ils formulaient une allégation concernant un certain produit (à savoir les publications électroniques). Le Groupe spécial a constaté qu'étant donné que les États-Unis avaient "expressément limité la portée de leur allégation aux "livres, journaux et périodiques" et n'[avaient] pas fait référence à la catégorie plus vaste des "publications"", la Chine "pouvait donc raisonnablement conclure, de bonne foi, que les États-Unis n'incluaient pas le traitement des publications électroniques dans leur allégation". Rapport du Groupe spécial *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphes 7.145 à 7.147. Dans l'affaire *CE – Produits des technologies de l'information*, le Groupe spécial a constaté que les plaignants (les États-Unis, le Japon et le Taipei chinois) avaient, entre autres choses, défini les appareils numériques multifonctions ("MFM") dans la note de bas de page 15 de leur demande d'établissement d'un groupe spécial conjointe. Selon le Groupe spécial, les plaignants avaient donc informé l'Union européenne que leur plainte était limitée aux produits définis dans la note de bas de page. Le Groupe spécial a donc constaté que l'allégation d'incompatibilité avec l'article II du GATT de 1994 se rapportant à des produits autres que les MFM décrites dans la note de bas de page 15 de la demande d'établissement d'un groupe spécial conjointe ne relevait pas de son mandat. Rapport du Groupe spécial *CE – Produits des technologies de l'information*, paragraphes 7.1204 et 7.1205.

²⁹⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 7.

²⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 143.

7.140 Le Groupe spécial reconnaît que, comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans l'affaire *CE – Matériels informatiques*, "l'article 6:2 du Mémoire d'accord n'exige pas expressément que soient indiqués les produits auxquels les "mesures spécifiques en cause" s'appliquent".³⁰⁰ De plus, dans l'affaire *CE – Morceaux de poulet*, l'Organe d'appel a noté que "l'indication du produit en cause n'[était] généralement pas un élément séparé et distinct du mandat d'un groupe spécial".³⁰¹

7.141 Nous ne contestons pas ces constatations antérieures et il ne faudrait pas comprendre à tort que nous disons qu'un plaignant doit dans tous les cas indiquer les produits auxquels la mesure en cause s'applique pour satisfaire à l'article 6.2. Nous disons que lorsque le plaignant a spécifié les produits dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, comme c'est le cas en l'espèce, et lorsque l'allégation se rapporte à une obligation contractée dans le cadre de l'OMC qui prescrit une comparaison entre des produits particuliers, comme c'est le cas en l'espèce, une telle indication fait partie intégrante du mandat du Groupe spécial et il ne peut pas y être "remédié" au moyen d'une argumentation.³⁰²

7.142 L'Indonésie a fait valoir que la mention des cigarettes mentholées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial était juste un exemple. Le libellé de cette demande ne semble pas corroborer ce point de vue. En effet, ainsi qu'il est expliqué plus haut, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie indique que "frapper les cigarettes aux clous de girofle d'une interdiction aux États-Unis tout en exemptant les *cigarettes mentholées* de l'interdiction est incompatible", entre autres choses, avec "[l]'article III:4 du GATT de 1994 parce que la mesure soumet un produit importé, les cigarettes aux clous de girofle, à un traitement qui est "moins favorable" que le traitement accordé à un produit national similaire, les *cigarettes mentholées*" (pas d'italique dans l'original).³⁰³ De même, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Indonésie allègue que la mesure en cause est incompatible avec "[l]'article 2.1 de l'Accord OTC, parce que la mesure aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à un produit national similaire, les *cigarettes mentholées*"³⁰⁴ (pas d'italique dans l'original). Ce libellé ne nous semble pas citer les cigarettes mentholées simplement à titre d'exemple, mais plutôt indiquer que les cigarettes mentholées sont le produit similaire national en cause. S'il s'agissait seulement de donner un exemple, nous nous serions attendus à ce que l'Indonésie le dise ou au moins insère un libellé qui le laisse entendre. De plus, si le produit national indiqué dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie devait être traité comme un simple exemple il s'ensuivrait nécessairement, compte tenu de la façon dont l'allégation est libellée, que le produit importé indiqué dans la demande (à savoir les cigarettes

³⁰⁰ Néanmoins, comme l'a également expliqué l'Organe d'appel en ce qui concerne certaines obligations contractées dans le cadre de l'OMC, "pour indiquer "les mesures spécifiques en cause", il faut peut-être également indiquer les produits faisant l'objet des mesures en cause". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels informatiques*, paragraphe 67. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Morceaux de poulet*, paragraphe 165.

³⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Morceaux de poulet*, paragraphe 165.

³⁰² Récemment, l'Organe d'appel a rappelé ce qui suit: "les communications présentées par une partie pendant la procédure du groupe spécial ne pouvaient pas remédier à une lacune d'une demande d'établissement d'un groupe spécial. Nous jugeons ce principe essentiel dans l'évaluation de la compétence d'un groupe spécial. Bien que des événements ultérieurs dans la procédure du groupe spécial, y compris les communications d'une partie, puissent être d'une certaine utilité pour ce qui est de confirmer le sens des termes utilisés dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, ces événements ne peuvent pas avoir pour effet de remédier aux insuffisances d'une demande d'établissement d'un groupe spécial qui présente des lacunes. Dans tous les différends, le mandat du groupe spécial doit être déterminé de façon objective d'après la demande d'établissement d'un groupe spécial telle qu'elle existait au moment du dépôt". Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États-membres – Aéronefs gros porteurs*, paragraphe 642 (citant les rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 143; et *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127).

³⁰³ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, WT/DS406/2, page 1.

³⁰⁴ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, WT/DS406/2, page 2.

aux clous de girofle) doit aussi être traité comme un simple exemple, ce qui signifie que l'Indonésie aurait eu en principe tout loisir d'étendre le champ de son allégation concernant le traitement national dans ses communications ultérieures pour inclure non seulement les cigarettes aux clous de girofle, mais aussi un ou plusieurs autres types de produits importés.

7.143 L'Indonésie nous dit aussi que le simple fait qu'elle a mentionnée uniquement les cigarettes mentholées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial n'a pas causé de préjudice aux États-Unis³⁰⁵ et elle souligne que les États-Unis s'accordent à reconnaître que le Groupe spécial n'outrepasserait pas son mandat s'il incluait à la fois les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires dans son analyse de la similarité.³⁰⁶

7.144 L'Indonésie a raison de souligner le rôle important du point de vue de la régularité de la procédure que joue une demande d'établissement d'un groupe spécial dans la délimitation du mandat d'un groupe spécial. De fait, "[e]u égard à la régularité de la procédure, il faudrait donc se garder de considérer comme relevant du mandat du Groupe spécial des mesures et *produits* dont une partie défenderesse n'a pas été avisée".³⁰⁷ (pas d'italique dans l'original)

7.145 Les considérations liées à la régularité de la procédure sont importantes non seulement au regard du droit d'un défendeur de connaître la portée des allégations formulées à son encontre, mais aussi pour les autres Membres de l'OMC qui ont un intérêt dans le différend. À cet égard, l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone* précise que "le mandat et la demande d'établissement d'un groupe spécial sur laquelle il est fondé contribuent à réaliser, du point de vue de la *régularité de la procédure*, l'objectif de notification aux parties et aux *tierces parties* de la nature des arguments du plaignant" (pas d'italique dans l'original).³⁰⁸

7.146 Nous irions plus loin, pour inclure les droits de tous les Membres de l'OMC qui ont le droit de faire connaître leur intérêt dans un différend donné et de demander à participer à la procédure en tant que tierce partie. Nous pourrions aisément imaginer qu'un Membre de l'OMC ait pu décider de ne pas participer en tant que tierce partie au présent différend en pensant que le différend portait uniquement sur les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées. Il n'est donc pas inconcevable que la réaction des Membres de l'OMC producteurs de tabac aurait pu être différente si l'Indonésie avait soit inclus les cigarettes ordinaires dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, soit simplement mentionner des cigarettes nationales au lieu des cigarettes mentholées uniquement.

7.147 Compte tenu de ce qui précède, nous nous sentons obligés de conclure que nous sommes liés par l'exposé que l'Indonésie a donné du fondement juridique de sa plainte relative au traitement national, qui indique que les produits en cause sont les cigarettes aux clous de girofle par opposition aux cigarettes mentholées nationales. À notre avis, nous outrepasserions notre mandat si nous devions étendre la portée de l'allégation de l'Indonésie concernant le traitement national en incluant les cigarettes ordinaires nationales dans notre examen.

7.148 Gardant ces considérations à l'esprit, nous examinerons l'un après l'autre chacun des quatre critères de l'analyse de la similarité traditionnelle. Nous rappelons que l'Organe d'appel a établi que les groupes spéciaux qui décidaient de suivre cette voie devaient examiner "les éléments de preuve relatifs à *chacun* de ces quatre critères, puis peser *tous* ces éléments de preuve, ainsi que tout autre élément de preuve pertinent, dans sa détermination *générale* sur le point de savoir si les produits en

³⁰⁵ Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 12.

³⁰⁶ Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 14.

³⁰⁷ Rapport du Groupe spécial *CE – Produits des technologies de l'information*, paragraphe 7.1202.

³⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 126; rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.23.

cause pouvaient être qualifiés de "similaires"³⁰⁹. Nous rappelons aussi que, une fois que tous les éléments de preuve pertinents ont été examinés, le Groupe spécial doit déterminer si "ces éléments de preuve, ensemble, indiquent que les produits en question sont "similaires" au regard de la disposition juridique considérée"³¹⁰, c'est-à-dire au regard de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

Propriétés, nature et qualité des produits visés

7.149 Le rapport du Groupe de travail du GATT sur les *Ajustements fiscaux à la frontière* a établi que le premier critère qui devrait être analysé lorsque l'on évaluait la "similarité" était celui des *propriétés, de la nature et de la qualité* des produits. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a précisé que ce premier critère portait sur les qualités et les caractéristiques physiques des produits.³¹¹ Dans ce même différend, l'Organe d'appel a donné pour instruction aux groupes spéciaux d'"examiner en détail les propriétés physiques des produits" et, en particulier, étant donné que c'était dans le contexte d'une analyse au regard de l'article III:4 du GATT de 1994, d'"examiner les propriétés physiques des produits qui [étaient] de nature à influencer le rapport de concurrence entre les produits sur le marché".³¹²

7.150 Comme nous l'avons expliqué auparavant, nous sommes tenus d'examiner la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* dans son propre contexte et dans celui dudit accord. Comme nous l'avons expliqué aussi, l'absence d'un libellé semblable à celui du principe général énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994 dans l'*Accord OTC* nous fait hésiter à importer dans notre interprétation une analyse reposant sur l'approche fondée sur la concurrence. Nous transposons effectivement toutefois les conclusions susmentionnées de l'Organe d'appel dans notre analyse au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* en considérant qu'elles signifient que le Groupe spécial a le devoir d'examiner les propriétés physiques qui sont pertinentes pour le but immédiat de l'article 907 a) 1) A), à savoir la présence d'un arôme caractérisant dans les cigarettes.

7.151 L'Organe d'appel a expliqué en outre que les différents critères de "similarité" étaient interdépendants. Par exemple, s'agissant des propriétés physiques d'un produit, l'Organe d'appel a fait observer qu'elles conditionnaient et limitaient les utilisations finales que ces produits pouvaient avoir, et que le classement tarifaire correspondait clairement aux propriétés physiques d'un produit.³¹³

7.152 Néanmoins, l'Organe d'appel a demandé un examen séparé et approfondi de chaque critère et a souligné ainsi l'importance d'un examen complet des caractéristiques physiques d'un produit par le groupe spécial:

"Bien qu'elle ne soit pas déterminante, la mesure dans laquelle des produits partagent les mêmes propriétés physiques peut être un indicateur utile de la "similarité". En outre, les propriétés physiques d'un produit peuvent aussi influencer sur la manière dont il peut être utilisé, sur les attitudes des consommateurs à son égard et sur son classement tarifaire. Il est donc important qu'un groupe spécial examine entièrement le caractère physique d'un produit. Nous craignons aussi qu'il ne soit difficile pour un groupe spécial de tirer les conclusions appropriées des éléments de preuve examinés au titre de chaque critère si son approche consiste non pas à traiter chaque critère

³⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 109.

³¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 103.

³¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 110.

³¹² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 114.

³¹³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

séparément mais à entremêler en cours de route des éléments différents et distincts de l'analyse."³¹⁴

7.153 L'Organe d'appel a insisté sur le fait que l'analyse séparée du critère des caractéristiques physiques ne devait *pas* être confondue avec l'examen des utilisations finales.³¹⁵ Il convient aussi de noter que des produits ayant des propriétés physiques tout à fait différentes peuvent, dans certaines situations, permettre des utilisations finales semblables ou identiques, mais cela ne signifie pas qu'ils sont équivalents. De l'avis de l'Organe d'appel, bien que les utilisations finales puissent être "équivalentes", les propriétés physiques des produits pourraient ne pas en être pour autant modifiées et les produits resteraient donc différents.³¹⁶

7.154 Il convient de souligner la pertinence des éléments liés aux risques pour la santé dans un examen de la similarité³¹⁷, qui, selon l'Organe d'appel, relèvent des propriétés physiques des produits en cause.³¹⁸ Dans l'affaire que nous examinons, cependant, il est médicalement prouvé et reconnu par les parties que toutes les cigarettes sont toxiques. En termes généraux, les deux parties conviennent que la toxicité relative des cigarettes, des cigarettes mentholées aux clous de girofle et des cigarettes ordinaires n'est pas en cause en l'espèce.³¹⁹ Les États-Unis confirment ce point de vue mais il apparaît qu'ils laissent entendre que les cigarettes aux clous de girofle peuvent être plus dangereuses que d'autres cigarettes. Nous examinerons ce point plus en détail dans notre conclusion sur la comparaison des divers produits en cause.

7.155 Par conséquent, nous allons examiner les propriétés physiques des cigarettes aux clous de girofle importées et des cigarettes mentholées nationales sur la base des éléments de preuve fournis par les parties. Nous rappelons que les parties au présent différend ont conçu leur analyse du traitement national eu égard aux catégories de cigarettes (à savoir les cigarettes aux clous de girofles, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires), et non aux marques de cigarettes individuelles.³²⁰ Par conséquent, les éléments de preuve qu'elles ont présentés sont axés sur les caractéristiques générales attribuables à chaque catégorie, et non pas sur les ingrédients exacts qu'une

³¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 111.

³¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 111.

³¹⁶ C'est la réaction qu'a eu l'Organe d'appel face à la conviction qu'avait le Groupe spécial que, quand deux produits pouvaient avoir la même utilisation finale, leurs "*propriétés* [étaient] *équivalentes*, sinon identiques". L'Organe d'appel a exprimé son désaccord. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 111 et 112.

³¹⁷ L'Organe d'appel a indiqué dans l'affaire *CE – Amiante* ce qui suit: "Nous sommes très nettement d'avis que les éléments de preuve relatifs aux risques qu'un produit présente pour la santé peuvent être pertinents dans un examen de la "similarité" au titre de l'article III:4 du GATT de 1994." Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 113.

³¹⁸ Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté que les propriétés carcinogènes des fibres d'amiantes chrysotile n'étaient pas partagées dans la même mesure par les fibres d'ACV. Il a fait observer ce qui suit:

"Les groupes spéciaux doivent examiner en détail les propriétés physiques des produits. En particulier ... les propriétés physiques des produits qui sont de nature à influencer le rapport de concurrence entre les produits sur le marché. Dans le cas des fibres d'amiantes chrysotile, leur structure moléculaire, leur composition chimique et leur propension à se fragmenter sont importantes, car les particules et les filaments microscopiques des fibres d'amiantes chrysotile sont cancérigènes chez l'être humain après inhalation."

L'Organe d'appel a fait référence à la carcinogénicité comme étant "un aspect définissant les propriétés physiques des fibres d'amiantes chrysotile". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 114.

³¹⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 57; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 71.

³²⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54; réponse de l'Indonésie à la question n° 27 du Groupe spécial; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 154.

marque de cigarettes donnée peut contenir. De tels renseignements sont, en fait, l'exclusivité du fabricant.³²¹

7.156 La question dont est saisi le Groupe spécial est celle de savoir, conformément aux indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, "dans quelle proportion ou mesure des produits doivent avoir des qualités ou des caractéristiques communes pour être des "produits similaires".³²² Nous rappelons que l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique qui régit les cigarettes ayant un arôme caractérisant, ce qui peut être interprété comme contenant un additif qui produit un arôme, un goût ou un parfum distinctif. La présence d'un tel additif devrait donc faire partie des caractéristiques qu'une cigarette doit avoir pour être "similaire" aux fins du présent différend.

Propriétés, nature et qualité des cigarettes aux clous de girofle

7.157 D'après les éléments de preuve présentés par les parties, nous pouvons conclure que les cigarettes aux clous de girofle sont composées de tabac associé à des aromatisants, qui est présenté au consommateur enroulé dans du papier et muni d'un filtre.³²³ Les cigarettes aux clous de girofle, comme les cigarettes mentholées, sont des cigarettes de la "catégorie A" aux fins de la taxation aux États-Unis et elles sont conformes à la définition³²⁴ d'une cigarette³²⁵ donnée par les États-Unis.

7.158 Les cigarettes aux clous de girofle ont généralement une teneur en tabac de 60 pour cent à 80 pour cent.³²⁶ De plus, elles contiennent habituellement un mélange de différents types de tabac.³²⁷ S'agissant des types de tabac qui composent le mélange, l'Indonésie déclare que la composition du tabac est habituellement la suivante: i) le tabac jaune clair de Virginie, séché à l'air chaud, compte pour environ 25 pour cent à 50 pour cent; ii) le tabac oriental, séché au soleil, oscille entre 25 pour cent et 35 pour cent; iii) le tabac Burley, séché à l'air naturel, représente entre 0 pour cent et 10 pour cent; et iv) le tabac de Java (tabac local indonésien), séché au soleil, représente de 20 pour cent à 30 pour cent.³²⁸ L'Indonésie explique en outre que le tabac de Java est semblable au tabac Burley, mais que le premier est séché au soleil au lieu d'être séché à l'air naturel.³²⁹ Les États-Unis, par contre, disent que les cigarettes aux clous de girofle contiennent habituellement du tabac de Virginie et du tabac de Java, qui entrent chacun pour environ 30 cent dans la composition de la cigarette.³³⁰

³²¹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 69; réponses des États-Unis aux questions n° 32 et 33 du Groupe spécial.

³²² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 109.

³²³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 67. Nous notons que la pièce IND-29 (page 2) décrit les cigarettes aux clous de girofle comme étant habituellement roulées à la machine, disponibles avec ou sans filtre et vendues en paquets aux couleurs brillantes.

³²⁴ La définition d'une cigarette énoncée dans 26 U.S.C. §5702 b) est la suivante:

"1) tout rouleau de tabac enveloppé dans du papier ou dans toute substance ne contenant pas de tabac, et 2) tout rouleau de tabac enveloppé dans toute substance contenant du tabac qui, du fait de son apparence, du type de tabac utilisé dans le scaferlati ou de son emballage et de son étiquetage, est susceptible d'être proposé aux consommateurs, ou acheté par ceux-ci en tant que cigarette décrite au paragraphe 1)."

³²⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 55.

³²⁶ Pièce IND-29; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 163.

³²⁷ Réponse de l'Indonésie à la question n° 33 du Groupe spécial; réponse des États-Unis à la question n° 33 du Groupe spécial.

³²⁸ Réponse de l'Indonésie à la question n° 33 du Groupe spécial.

³²⁹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 33 du Groupe spécial.

³³⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 33 du Groupe spécial.

7.159 Pour ce qui est des additifs, les cigarettes aux clous de girofle contiennent environ 20 pour cent à 40 pour cent de clous de girofle³³¹ sous la forme de boutons floraux ou de clous de girofle pulvérisés/hachés.³³² Il semble, comme les États-Unis le font valoir, que l'additif peut aussi être de l'essence de girofle ou toute combinaison des trois éléments (c'est-à-dire boutons floraux, clous de girofle hachés et essence de girofle).³³³ Nous croyons comprendre également que les clous de girofle pulvérisés contiennent à peu près 20 pour cent d'essence de girofle.³³⁴

7.160 Les cigarettes aux clous de girofle contiennent généralement une "sauce" qui fait partie des ingrédients aromatisants choisis par chaque fabricant.³³⁵ Les États-Unis affirment qu'en fait, cette "sauce" est vantée par les fabricants comme étant la caractéristique physique distinctive des cigarettes aux clous de girofle.³³⁶ L'Indonésie précise que cette "sauce" contient "de la vanille, des sucres, de la menthe, de la réglisse, des concentrés de fruits et des alcools".³³⁷

7.161 Nous notons que les parties ont présenté beaucoup d'arguments au sujet de la présence de l'eugénol dans les cigarettes aux clous de girofle et de la toxicité des cigarettes aux clous de girofle qui en résultait. Les États-Unis font observer que l'eugénol est l'un des ingrédients actifs de l'essence de girofle et le définissent comme "un anesthésique topique courant utilisé dans les interventions dentaires".³³⁸ Ils soutiennent que les cigarettes aux clous de girofle ont un arôme sucré et que fumer ce produit peut provoquer un certain engourdissement de la bouche.³³⁹ Ils indiquent, dans leur raisonnement, que l'eugénol a pour effet de faire disparaître en grande partie la sensation désagréable que produit la fumée chez les nouveaux fumeurs³⁴⁰, ce qui fait "[d]e la cigarette aux clous de girofle ... une cigarette "d'apprentissage" de conception presque idéale pour inciter les jeunes à

³³¹ L'Indonésie indique dans la pièce IND-29 que les additifs aux clous de girofle sont compris à peu près dans une fourchette de 20 pour cent à 30 pour cent. Par la suite, en réponse à la question n° 28 du Groupe spécial, elle abaisse la teneur minimale en clous de girofle à 15 pour cent. Les États-Unis déclarent au paragraphe 36 de leur première communication écrite que les clous de girofle entrent pour 30 pour cent à 40 pour cent dans la composition des cigarettes aux clous de girofle.

³³² Nous notons que l'Indonésie utilise l'expression "ground cloves" (clous de girofle pulvérisés), alors que les États-Unis font référence aux "minced cloves" (clous de girofle hachés). Il apparaît qu'ils font référence à la même chose.

³³³ Réponse des États-Unis à la question n° 28 du Groupe spécial.

³³⁴ Réponse de l'Indonésie à la question n° 28 du Groupe spécial.

³³⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 165.

³³⁶ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 113.

³³⁷ Réponse de l'Indonésie à la question du Groupe spécial n° 29. Les États-Unis présentent dans leur première communication écrite un extrait du site Web PT Djarum, qui décrit les cigarettes aux clous de girofle et mentionne une "sauce secrète":

"Ce ne sont pas seulement les clous de girofle qui font la particularité des kreteks, mais aussi la sauce secrète, qui ajoute au plaisir qu'elles procurent. D'aucuns disent que la recette de la sauce des kreteks, qui marie le goût unique du tabac, des extraits de fruits et de végétaux et d'autres arômes naturels, est plus jalousement gardée que celle du Coca-Cola. Connue seulement de deux ou trois membres de chaque entreprise fabriquant des kreteks, la sauce est utilisée pour *adoucir* le goût mordant du tabac et l'arôme pénétrant du clou de girofle. Et, pour que la saveur en soit encore meilleure, l'extrémité des kreteks est sucrée. Tout cela contribue à un goût *plus riche et fruité*, un parfum *sucré* qui laisse dans la bouche un goût *agréable*, plus que n'importe quelle cigarette ordinaire, et est très apprécié des amateurs de kretek."

Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 36. Demirtas, "Djarum Cigarettes & Cigars," <http://www.demirtas.com.tr/Djarum.htm> (pas d'italique dans l'original) (pièce US-39).

³³⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 38; citant Guidotti & Laing, "Clove Cigarettes," *The Western Journal of Medicine*, page 538 (août 1992) ("Clove Cigarettes") (pièce US-41); CDC Article Regarding Epidemiology and Illnesses Possibly Associated with Cloves (pièce US-37).

³³⁹ Les États-Unis font référence à *Clove Cigarettes* (pièce US-41), page 537; *Clove Cigarettes: the Basis for Concern* (pièce US-38), page 222.

³⁴⁰ *Clove Cigarettes* (pièce US-41), page 537.

fumer".³⁴¹ Ils font valoir que les éléments de preuve montrent que les cigarettes aux clous de girofle entraînent des risques très spécifiques pour la santé des consommateurs individuels.³⁴² Selon les États-Unis, l'eugénol est suspecté de provoquer des pneumopathies d'aspiration ou d'avoir une toxicité pulmonaire directe.³⁴³

7.162 L'Indonésie ne nie pas que les cigarettes aux clous de girofle contiennent de l'eugénol et elle explique que l'essence de girofle est connue en chimie sous le nom d'eugénol³⁴⁴ et que l'eugénol se trouve dans les boutons floraux du giroflier.³⁴⁵ S'agissant des allégations des États-Unis concernant les effets engourdissants de l'eugénol, elle précise qu'il n'y a aucune recherche scientifique portant sur des êtres humains qui prouve que l'eugénol contenu dans la fumée de cigarettes aux clous de girofle engourdit la gorge. De fait, elle fait valoir que des études plus récentes jettent le doute sur l'affirmation selon laquelle l'eugénol insensibiliserait la gorge. En outre, elle déclare que la même allégation d'engourdissement de la gorge a été avancée en ce qui concerne l'utilisation du menthol dans les cigarettes.³⁴⁶

7.163 Nous notons que les parties conviennent l'une et l'autre que le document de Polzin³⁴⁷, une étude portant sur certains ingrédients des cigarettes aux clous de girofle indonésiennes, montre que

³⁴¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 38; citant *Clove Cigarettes: the Basis for Concern* (pièce US-38), page 226; Susan Farrer, "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes," National Institute on Drug Abuse ("NIDA"), Vol. 18, No. 2 (August 2003) ("Les cigarettes de substitution peuvent avoir des rendements en nicotine plus importants que les cigarettes ordinaires") ("Les cigarettes aux clous de girofle sont parfois qualifiées de "cigarette d'apprentissage" et peuvent servir de produit d'"initiation" des jeunes à l'usage du tabac") (pièce US-42); *CDC Article Regarding Epidemiology and Illnesses Possibly Associated with Cloves* ("L'utilisation des cigarettes aux clous de girofle est peut-être en train de modifier les habitudes tabagiques des adolescents américains. Certains chercheurs ont laissé entendre que l'eugénol anesthésiait l'arrière-gorge et la trachée du fumeur, permettant une inhalation plus profonde et pouvant inciter à fumer des personnes que l'âpreté des cigarettes ordinaires, autrement, pourrait dissuader.") (pièce US-37); *Clove Cigarettes*, page 538 ("Le potentiel d'incitation des adolescents au tabagisme est tout aussi préoccupant. L'habitude de fumer des cigarettes aux clous de girofle est moins nocive parce que ces cigarettes ont un goût acceptable et un effet anesthésiant sur les muqueuses qui diminue l'inconfort. Cette habitude a été associée à de nombreuses tendances sociales importantes parmi les groupes d'adolescents du même âge ... À ce titre, les cigarettes aux clous de girofle peuvent représenter un danger potentiel de déclenchement d'une dépendance chez des fumeurs jusque-là inexpérimentés.") (pièce US-41); Committee on Substance Abuse, "Hazards of Clove Cigarettes," *Pediatrics*, Vol 88, page 395 (1991) ("Les cigarettes aux clous de girofle devraient être suspectées d'être une drogue d'initiation en raison de leurs propriétés et de la manière dont elles sont fumées. Parce qu'il agit comme un anesthésique topique de la partie postérieure de l'oropharynx, l'eugénol contenu dans les cigarettes aux clous de girofle réduit les aspects nocifs de l'usage du tabac. Il peut donc faciliter l'apprentissage des techniques en la matière, aussi bien l'inhalation classique que la technique d'inhalation profonde employée pour fumer de la marijuana. En outre, le parfum des cigarettes aux clous de girofle et la mystique associée à leur usage ont rendu ces cigarettes très populaires auprès des adolescents qui ne consomment pas de drogue et qui cherchent à se faire accepter par un groupe de consommateurs de drogue de leur âge et à participer aux expériences de ce groupe.") (pièce US-43).

³⁴² Réponse des États-Unis à la question n° 38 b) du Groupe spécial, paragraphes 90 à 94. Voir aussi OMS, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", page 35 ("Les bidis ... et les kreteks (cigarettes de tabac aromatisé aux clous de girofle, souvent importées d'Indonésie) sont des produits de substitution du tabac qui présentent des concentrations en nicotine, goudron et monoxyde de carbone plus élevées que les cigarettes classiques ... La consommation de kreteks est associée à un risque accru de lésion des poumons et à une fonction pulmonaire anormale) Pièce US-113; pièce US-37, pièce US-38, pièce US-45, pièce US-48, pièce US-105.

³⁴³ Réponse des États-Unis à la question n° 38 du Groupe spécial; pièces US-37, US-38 et US-41.

³⁴⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 55.

³⁴⁵ Réponse de l'Indonésie aux questions n° 28 et 30 du Groupe spécial; réponse des États-Unis à la question n° 28 du Groupe spécial.

³⁴⁶ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 45.

³⁴⁷ Pièce US-45.

19 des 33 marques de cigarettes aux clous de girofle analysées contenaient de la coumarine.³⁴⁸ Selon les États-Unis, la coumarine est un produit chimique associé à l'hépatotoxicité chez l'homme, qui n'est plus présent dans la plupart des cigarettes. Les États-Unis expliquent que, dans une étude, 64 pour cent des marques de cigarettes aux clous de girofle testées contenaient des concentrations de coumarine comprises entre 9,2 et 215 µg par cigarette. Au contraire, sur les 68 marques de cigarettes classiques disponibles aux États-Unis, une seule et unique marque contenait des concentrations décelables de coumarine. Les États-Unis soulignent que la coumarine est interdite comme aromatisant alimentaire aux États-Unis et est actuellement classée par la FDA parmi les "substances dont l'ajout direct ou l'emploi dans l'alimentation humaine sont généralement interdits".³⁴⁹ Ils admettent cependant que la coumarine n'a pas été interdite en tant qu'additif dans les cigarettes.³⁵⁰ L'Indonésie avance un certain nombre d'arguments au sujet de la toxicité et de la présence de la coumarine dans les cigarettes en cause. Tout d'abord, elle note que les cigarettes aux clous de girofle ne contiennent pas toutes de la coumarine, alors que certaines cigarettes mentholées et certaines cigarettes ordinaires des États-Unis contiennent effectivement cet ingrédient. Ensuite, la coumarine est simplement un constituant naturel de nombreux types de tabac. Enfin, l'Indonésie souligne que les États-Unis eux-mêmes autorisent la coumarine comme additif dans les cigarettes.³⁵¹ Elle ajoute que le Secrétaire à la santé et aux services sociaux des États-Unis ("HHS") est tenu de signaler au Congrès tout ingrédient figurant dans des cigarettes qui peut présenter des risques pour la santé des fumeurs et que le HHS n'a pas signalé l'eugénol ni la coumarine.³⁵²

7.164 Enfin, l'Indonésie précise que les cigarettes aux clous de girofle contiennent aussi d'autres composants inhérents aux clous de girofle, tels que l'acétate de benzyle, le salicylate de méthyle, le trans-anéthole et le méthyleugénol.³⁵³

7.165 Les États-Unis font valoir que les éléments de preuve montrent que les cigarettes aux clous de girofle entraînent des risques très spécifiques pour la santé des consommateurs individuels.³⁵⁴ L'Indonésie répond qu'il n'y a aucun élément de preuve qui montre que les cigarettes aux clous de girofle sont plus toxiques ou présentent des risques pour la santé plus importants³⁵⁵ que les cigarettes ordinaires ou les cigarettes mentholées produites dans le pays et que, partant, puisqu'il n'y a aucune différence de toxicité, il n'y a aucune différence dans leurs caractéristiques physiques.³⁵⁶

Propriétés, nature et qualité des cigarettes mentholées

7.166 D'après les éléments de preuve présentés par les parties, nous pouvons conclure que les cigarettes mentholées sont composées, en poids, d'environ 90 pour cent de tabac. Pour ce qui est du type de tabac, les cigarettes mentholées sont généralement constituées d'un mélange de tabac de Virginie, de Burley du Maryland, de tabac oriental et de tabac reconstitué.³⁵⁷ Le rapport de mars 2011

³⁴⁸ Réponse de l'Indonésie à la question n° 34 du Groupe spécial; réponse des États-Unis à la question n° 34 du Groupe spécial.

³⁴⁹ 21 CFR 189.130. Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 166.

³⁵⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 166, note de bas de page 210.

³⁵¹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 73 et 75.

³⁵² Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 41, 49 et 75; deuxième déclaration orale de l'Indonésie, paragraphe 52.

³⁵³ Réponse de l'Indonésie à la question n° 30 du Groupe spécial.

³⁵⁴ Voir la note de bas de page 342 ci-dessus.

³⁵⁵ L'Organe d'appel a estimé que la toxicité était une qualité physique qui devait être prise en considération lors de l'examen des propriétés physiques d'un produit dans le cadre d'une détermination de la "similarité" au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 114.

³⁵⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 55 et 57.

³⁵⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 31 du Groupe spécial. L'Indonésie n'a pas fourni au Groupe spécial de renseignements spécifiques à cet égard.

du TPSAC précise que "[l]es cigarettes mentholées sont habituellement constituées d'un mélange comportant davantage de tabac séché à l'air chaud et moins de tabac Burley ... parce que certains des produits chimiques contenus dans les tabacs Burley créent une caractéristique gustative incompatible avec le menthol".³⁵⁸

7.167 Le principal additif contenu dans les cigarettes mentholées est l'essence de menthe. Le menthol est un composé chimique extrait de la menthe poivrée (*Mentha piperita*) ou de la baume des champs (*Mentha arvensis*) ou produit par des méthodes synthétiques ou hémisynthétiques.³⁵⁹ D'après le rapport de mars 2011 du TPSAC, certains cigarettiers utilisent seulement de l'essence de menthe naturelle, alors que d'autres utilisent un mélange de menthol naturel et de menthol synthétique. Le rapport de mars 2011 du TPSAC établit que le menthol est ajouté aux cigarettes par les moyens suivants: a) vaporisation sur le tabac coupé durant le mélange; b) application sur la feuille à cigarette; c) injection dans le courant de tabac; d) injection dans le filtre; e) insertion dans le filtre d'une capsule qui peut être écrasée; f) introduction dans le filtre d'un fil mentholé; g) n'importe quelle combinaison des moyens précédents. En tout état de cause, le menthol se diffuse dans toute la cigarette, quel que soit l'endroit initial de l'application.³⁶⁰

7.168 Selon le rapport de mars 2011 du TPSAC, le menthol est ajouté aux cigarettes à la fois comme arôme caractérisant (niveaux de menthol plus élevés) et pour d'autres raisons liées au goût (niveaux de menthol moins élevés). Ces raisons liées au goût comprennent le fait de renforcer l'arôme des mélanges de tabac et/ou d'adoucir le goût du mélange.³⁶¹ En outre, le menthol peut avoir des propriétés rafraîchissantes, analgésiques ou irritantes³⁶² et il réduirait la sensibilité aux produits chimiques nocifs, y compris la nicotine.³⁶³ De fait, ajoute le rapport de mars 2011 du TPSAC, "les fumeurs indiquent que le menthol réduit l'irritation et que les cigarettes mentholées sont moins âpres et plus douces que les cigarettes non mentholées".³⁶⁴

7.169 Cet additif représente à peu près un pour cent des ingrédients contenus dans la cigarette, même si la quantité précise varie d'une marque à l'autre. À cet égard, l'Indonésie fait valoir que la teneur en menthol pourrait atteindre trois pour cent³⁶⁵, alors que les États-Unis précisent que certaines marques de cigarettes mentholées peuvent contenir "un peu plus ou un peu moins de un pour cent d'essence de menthe".³⁶⁶ S'agissant des niveaux de menthol, les États-Unis mettent en lumière le fait que ces niveaux se situent entre 0,15 et 5,8 mg par cigarette dans les marques commercialisées en tant que cigarettes mentholées.³⁶⁷ Le rapport de mars 2011 du TPSAC précise que "[d]ans une enquête récente portant sur 48 marques et sous-marques de cigarettes mentholées des États-Unis, la teneur

³⁵⁸ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 19. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

³⁵⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 31; rapport de mars 2011 du TPSAC, page 19.

<http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

³⁶⁰ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 19. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

³⁶¹ Rapport de mars 2011 du TPSAC, pp.19-20. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

³⁶² Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 18. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

³⁶³ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 22. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

³⁶⁴ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 25. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

³⁶⁵ Réponse de l'Indonésie à la question n° 32 du Groupe spécial.

³⁶⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 32 du Groupe spécial.

³⁶⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 171; réponse des États-Unis à la question n° 32 du Groupe spécial.

moyenne en menthol des cigarettes, en poids, était de 2,64 mg par cigarette, la fourchette allant de 1,61 à 4,38 mg".³⁶⁸

7.170 L'Indonésie déclare que les cigarettes mentholées ont aussi leurs propres agents aromatisants qui sont appelés "sauce" ou "sauçage".³⁶⁹ À cet égard, les États-Unis font valoir que la sauce spéciale utilisée pour les cigarettes aux clous de girofle indonésiennes n'est pas identique au "sauçage" qui est utilisé dans toutes les cigarettes, y compris les cigarettes mentholées.³⁷⁰ Ils expliquent que l'arôme conféré par la sauce fait partie de l'arôme essentiel et de l'identité des produits.³⁷¹ L'Indonésie répond qu'elle n'a jamais fait valoir que la "sauce" ou le "sauçage" utilisé dans les cigarettes aux clous de girofle était identique à celui qui était utilisé dans les cigarettes mentholées ou les cigarettes aromatisées ordinaires; de fait, elle a déclaré que chaque marque de cigarettes contenait un mélange d'ingrédients exclusif et unique qui lui donnaient un goût unique.³⁷²

7.171 S'agissant des effets sur la santé, l'Indonésie fait valoir qu'il a été allégué que le menthol avait des propriétés engourdissantes. Cela semble confirmé par le rapport de mars 2011 du TPSAC, qui établit que parmi les effets dont il apparaît qu'ils attirent les fumeurs de cigarettes mentholées figurent les effets rafraîchissants, les effets antiseptiques, les effets engourdissants et les effets anesthésiants.³⁷³ En outre, les parties sont en désaccord sur le point de savoir si les cigarettes mentholées contiennent aussi de l'eugénol et de la coumarine.³⁷⁴ Comme cela a été indiqué auparavant, l'Indonésie fait valoir que les cigarettes mentholées contiennent aussi ces additifs³⁷⁵, alors que les États-Unis réfutent cette affirmation sur la base d'une étude menée en 2010 montrant qu'aucune des marques de cigarettes "ordinaires" ou mentholées ne contenait d'eugénol ni de coumarine.³⁷⁶ En réponse à cet argument, l'Indonésie fait valoir que la véritable raison pour laquelle l'eugénol et la coumarine n'ont pas été détectés dans l'étude menée en 2010 est "que les États-Unis ont "truqué" le système de façon à ce que l'eugénol et la coumarine ne soient pas détectés"³⁷⁷ en fixant des seuils de détection plus élevés pour ces ingrédients.

Comparaison des propriétés, de la nature et de la qualité des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées

7.172 Nous allons maintenant comparer les propriétés physiques, la nature et la qualité des deux types de cigarettes pertinentes.

7.173 Nous notons que l'Indonésie fait valoir que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays, y compris les cigarettes mentholées, ont les mêmes caractéristiques physiques.³⁷⁸ Dans sa deuxième communication écrite, l'Indonésie nuance sa position en affirmant que "[m]ême si l'Indonésie convient que les ingrédients d'une cigarette aux clous de girofle diffèrent à

³⁶⁸ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 20. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

³⁶⁹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 69.

³⁷⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial.

³⁷¹ Réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial, paragraphe 19.

³⁷² Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial.

³⁷³ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 103. <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

³⁷⁴ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 74.

³⁷⁵ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 72, faisant référence à la pièce US-71.

³⁷⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 86 du Groupe spécial.

³⁷⁷ Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 86 du Groupe spécial (pièce US-72).

³⁷⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54.

certaines égards des ingrédients des cigarettes aromatisées au menthol et des cigarettes aromatisées au tabac, ces différences ne sont pas déterminantes".³⁷⁹

7.174 Les États-Unis répondent que l'Indonésie ne traite que quelques caractéristiques génériques lorsqu'elle fait valoir que les cigarettes en cause sont identiques et que, de ce fait, elle ne tient pas compte des caractéristiques les plus pertinentes pour le marché.³⁸⁰ Ils indiquent en outre que "le principal travail d'interprétation consiste à déterminer quelles sont les similitudes et les différences qui sont significatives et pertinentes pour la détermination de la similarité en l'espèce et que, pour ce travail, le contexte des dispositions et accords en cause et les circonstances factuelles de l'affaire sont essentiels".³⁸¹ Par conséquent, selon les États-Unis, l'analyse de la similarité devrait prendre en compte non seulement la nature du rapport de concurrence, mais aussi le fondement sur lequel repose l'article 907 a) 1) A).³⁸²

7.175 Avant de traiter la comparaison entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, nous jugeons important de traiter la définition de l'expression "arôme caractérisant", car c'est l'un des éléments essentiels de l'article 907 a) 1) A). Comme cela est mentionné plus haut, en réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont expliqué qu'il était précisé, dans un commentaire du Sénat figurant dans le dossier législatif de l'article 907 a) 1) A), que "[b]ien que l'expression "arôme caractérisant" ne soit pas définie dans la législation, elle [était] censée englober les additifs produisant l'arôme, le goût ou le parfum distinctif transmis par le produit".³⁸³ Cela montre, à notre avis, que pour être réglementée par l'article 907 a) 1) A), une cigarette doit comporter un additif qui produit un arôme, un goût ou un parfum distinctif. Par conséquent, comme cela est expliqué dans la section VII.D.2 c) i) plus haut, le Groupe spécial accordera plus de poids dans l'analyse de la similarité, au fait qu'une cigarette contient un additif qui produit un arôme, un goût ou un parfum distinctif.

7.176 D'après les arguments et éléments de preuve présentés par les parties et décrits plus haut qui se rapportent à la description des propriétés, de la nature et de la qualité des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées, nous pouvons arriver aux conclusions suivantes.

7.177 Premièrement, d'une manière générale, les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont faites de tabac associé à des additifs et enroulé dans du papier. L'ingrédient prédominant dans toutes les cigarettes est donc le tabac, dans des quantités qui vont de 60 à 90 pour cent. La composition exacte du tabac, les types de tabac utilisés et les additifs inclus varient d'une marque de cigarettes à l'autre à l'intérieur de chaque type de cigarettes.

7.178 Deuxièmement, bien que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées soient principalement composées de tabac, il apparaît que ce qui les différencie des cigarettes ordinaires³⁸⁴ est la présence d'un additif, qui se traduit par un arôme, un goût ou un parfum distinctif, autre que le tabac ordinaire. Cet additif est constitué d'un végétal ou d'une épice ou est extrait d'un végétal ou d'une épice. Le fait que les cigarettes aux clous de girofle contiennent une quantité substantielle de boutons floraux de giroflier³⁸⁵ et que les cigarettes mentholées ne contiennent qu'environ un pour cent

³⁷⁹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 67.

³⁸⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 161.

³⁸¹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 110.

³⁸² Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.

³⁸³ Réponse des États-Unis à la question n° 14 du Groupe spécial, paragraphe 32. Les États-Unis fournissent la référence suivante: 155 Cong. Rec. S64111 (juin 10, 2009), pièce US-98.

³⁸⁴ S'agissant de l'utilisation de l'expression "cigarettes ordinaires", voir ci-dessus la section B, iii), paragraphe 7.8.

³⁸⁵ Nous notons que nous faisons référence aux cigarettes aux clous de girofle importées. L'Indonésie affirme qu'il y avait une cigarette nationale aromatisée aux clous de girofle ("A Touch of Clove") qui était vendue par la société des États-Unis Nat Sherman avant l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A). Elle fait

d'essence de menthe ne modifie pas la conclusion selon laquelle dans les deux cas, quelle que soit la marque que nous puissions examiner, la présence de ces additifs transforme de manière substantielle l'arôme de la cigarette.

7.179 Troisièmement, l'adjonction d'une "sauce" n'est pas réservée aux cigarettes aux clous de girofle, puisque toutes les cigarettes contiennent une combinaison différente d'ingrédients qui donnent à chaque marque de cigarettes un goût particulier et distinct. Autrement dit, chaque marque possède sa propre composition spécifique d'ingrédients et d'additifs qui est généralement considérée comme étant un renseignement exclusif.

7.180 Il y a toutefois plusieurs différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, à savoir qu'en général, les cigarettes aux clous de girofle contiennent du tabac de Java, de l'eugénol et de la coumarine, alors que les cigarettes mentholées ne contiennent généralement pas ces composants en quantités significatives ou ne les contiennent pas du tout. Toutefois, ces différences nous paraissent mineures ou secondaires, parce que la particularité principale de ces types de cigarettes est qu'elles contiennent des additifs qui confèrent des arômes caractérisants à la cigarette et réduisent l'âpreté du tabac.

7.181 En outre, les États-Unis font valoir que le menthol et les boutons floraux du giroflier contenus dans les cigarettes aux clous de girofle sont des produits physiques complètement différents.³⁸⁶ Ils font valoir que c'est important parce que les boutons floraux séchés du giroflier confèrent un arôme et un parfum sucrés et épicés et sont souvent utilisés dans des produits de boulangerie, des bonbons et des boissons.³⁸⁷ L'Indonésie, au contraire, affirme que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées contiennent les unes comme les autres du tabac et un ingrédient ajouté (à savoir une plante ou une épice) aux propriétés apaisantes. Elle déclare que l'essence de girofle et le menthol sont tous deux couramment utilisés dans des produits de consommation et sont reconnus comme ayant un effet anesthésiant.³⁸⁸

7.182 Cela démontre à notre avis qu'indépendamment de l'arôme spécifique de l'additif (clous de girofle ou menthol), la caractéristique principale de ces types de cigarettes reste la même: elles contiennent un additif qui confère un arôme à la cigarette et réduit l'âpreté du tabac de manière considérable. Ce fait est renforcé par les propriétés engourdissantes alléguées tant du clou de girofle que du menthol. Nous estimons que ces similitudes sont très significatives dans le contexte du présent différend, eu égard au fait que le but immédiat de l'article 907 a) 1) A) est de réglementer certains produits du tabac contenant des additifs qui leur donnent un arôme caractérisant, en poursuivant l'objectif de santé publique consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. Nous trouvons des éléments étayant cette conclusion dans une étude de l'OMS intitulée "*The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation*" (Fondement scientifique de la réglementation des produits du tabac), qui établit ce qui suit:

"Certains additifs (menthol dans les cigarettes fabriquées, eugénol dans les kreteks [c'est-à-dire les cigarettes aux clous de girofle]) sont ajoutés spécifiquement pour réduire l'âpreté de la fumée et permettre au fumeur d'inhaler davantage de substances addictives et toxiques. De nombreux fumeurs fument des kreteks [c'est-à-dire des

valoir que les "Touch of Clove" de Nat Sherman ne contenaient pas de clou de girofle naturel; de fait, leur filtre contenait des cristaux de clous de girofle qui produisaient un arôme artificiel de clou de girofle. (Première communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 24). En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis expliquent que ce type de cigarettes était fabriqué "avec un arôme de clou de girofle dans le filtre, et non avec des clous de girofle mélangés au tabac" (réponse des États-Unis à la question n° 28 a) du Groupe spécial, paragraphe 66).

³⁸⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 171.

³⁸⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 162.

³⁸⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 55.

cigarettes aux clous de girofle] et des cigarettes mentholées, qui sont souvent commercialisées comme étant moins toxiques; et il est possible que les ingrédients ajoutés contribuent à la perception selon laquelle les cigarettes sont moins nocives et délétères."³⁸⁹

7.183 S'agissant de la toxicité, toutes ces cigarettes sont délétères pour la santé et peuvent entraîner la mort. Les deux parties sont convenues initialement que la toxicité relative de ces cigarettes n'était pas contestée en l'espèce. Toutefois, il apparaît que les États-Unis ont modifié leur position dans leur deuxième communication écrite, dans laquelle ils ont soutenu que certains additifs contenus dans les cigarettes aux clous de girofle, tels que l'eugénol et la coumarine, étaient délétères pour la santé.

7.184 Néanmoins, les éléments de preuve versés au dossier par les États-Unis, qui donnent à penser que la présence d'eugénol et de coumarine dans les cigarettes aux clous de girofle rendent celles-ci plus délétères pour la santé ne nous conduisent pas à une conclusion différente s'agissant de la toxicité. Indépendamment de la question de savoir si l'eugénol et la coumarine pourraient, comme cela est allégué, causer davantage de problèmes de santé, la principale raison pour laquelle les cigarettes créent des risques pour la santé est l'inhalation de substances produites par la combustion, qui peuvent entraîner, entre autres choses, différents types de cancers, différents types de maladies cardio-vasculaires et des maladies et troubles respiratoires divers.³⁹⁰

7.185 Outre les effets délétères allégués des additifs, les États-Unis font valoir que "[c]omparées aux cigarettes classiques (mentholées ou ordinaires), les cigarettes aux clous de girofle ont des rendements en goudron, nicotine et monoxyde de carbone plus élevés dans les conditions mesurées par une machine à fumer".³⁹¹ En outre, ils déclarent que certaines études indiquent que les fumeurs inhalent plus profondément lorsqu'ils fument des cigarettes aux clous de girofle, ce qui accroît la quantité de nicotine extraite de chaque cigarette et permet au fumeur d'arriver à des concentrations comparables de nicotine dans le sang, même si les cigarettes aux clous de girofle contiennent moins de nicotine par cigarette que les marques classiques.³⁹² L'Indonésie conteste cet argument en faisant valoir que l'étude Malson³⁹³ a reconnu que les estimations des machines à fumer n'étaient pas des indicateurs fiables du rendement et s'est plutôt attachée aux essais cliniques sur l'homme qui montraient que les cigarettes aux clous de girofle produisaient une accélération de la fréquence cardiaque, une élévation de pression artérielle, des concentrations de nicotine dans le plasma et une quantité de monoxyde de carbone expiré identiques.³⁹⁴

7.186 À notre avis, ce débat sur les effets additionnels des cigarettes aux clous de girofle ne modifie pas fondamentalement la conclusion selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont délétères pour la santé pour la même raison: l'inhalation des substances provenant de

³⁸⁹ Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 11.

³⁹⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 6 et 57; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 14.

³⁹¹ Réponse des États-Unis à la question n° 38 du Groupe spécial.

³⁹² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 40; citant des recherches scientifiques qui ont, à l'aide d'une analyse avec une machine à fumer classique, permis de constater que les cigarettes aux clous de girofle pouvaient produire davantage de nicotine, de goudron et de monoxyde de carbone que les cigarettes classiques. "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes", (pièce US-42); voir aussi "CDC Article Regarding Epidemiology and Illnesses Possibly Associated with Cloves" ("L'exposition au goudron, à la nicotine et au monoxyde de carbone est plus importante avec les cigarettes aux clous de girofle qu'avec les cigarettes américaines ordinaires.") (pièce US-37); Malston, *et al.*, "Clove Cigarette Smoking: Biochemical, Physiological, and Subjective Effects," *Pharmacology Biochemistry and Behavior* 74(3): 739-45 (février, 2003), <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12543240> (pièce US-44).

³⁹³ Pièce US-44, citée dans la deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 53.

³⁹⁴ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54.

la combustion. Comme cela est mentionné plus haut, les parties conviennent que, d'une manière générale, les cigarettes sont délétères pour la santé humaine et peuvent provoquer le cancer et plusieurs maladies cardio-vasculaire et respiratoires.³⁹⁵

7.187 Par conséquent, nous constatons que, dans l'ensemble, les propriétés physiques des deux groupes de cigarettes sont semblables. La raison principale en est que, en tant que cigarettes, elles ont les mêmes caractéristiques principales, c'est-à-dire le fait d'avoir le tabac comme ingrédient principal et de contenir un additif qui confère un arôme, un goût et un parfum caractérisants et réduit l'âpreté du tabac. Nous trouvons des indications utiles dans le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, dans lequel l'Organe d'appel a estimé que déterminer *dans quelle proportion ou mesure des produits devaient avoir des qualités ou des caractéristiques communes* était un examen pertinent au titre du "critère de la similarité".³⁹⁶ Partant, les produits n'ont pas à être *identiques* à tous égards.

7.188 Cette conclusion est encore renforcée lorsque l'on tient compte de la mesure en cause, l'article 907 a) 1) A), qui est un règlement technique dont le but immédiat est de réglementer les cigarettes ayant un arôme caractérisant. Dans ce contexte, nous jugeons pertinent le fait que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont des propriétés physiques communes dans une mesure substantielle puisque les unes et les autres contiennent du tabac et *un additif* qui leur donne *un arôme caractérisant*.

7.189 Nous rappelons que les États-Unis nous ont demandé de tenir compte de l'objectif sanitaire de l'article 907 a) 1) A) lorsque nous analyserions la similarité. Comme nous l'avons expliqué auparavant, nous convenons que nous devrions tenir compte dans notre analyse de l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes, qui sous-tend l'adoption de l'article 907 a) 1) A). Précisément, l'article 907 a) 1) A) interdit pour des motifs de santé la présence d'arômes caractérisants dans les cigarettes. Nous trouvons là un élément étayant la conclusion selon laquelle la présence, dans les cigarettes aux clous de girofle aussi bien que dans les cigarettes mentholées, d'additifs qui leur donnent des arômes caractérisants devrait avoir un poids considérable dans notre analyse de la similarité.

7.190 Nonobstant la conclusion ci-dessus, nous soupèserons les similitudes et différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées compte tenu de tous les éléments de preuve relatifs aux autres critères de "similarité" afin de faire une détermination *globale* sur le point de savoir si les produits en cause pourraient être qualifiés de "similaires".³⁹⁷ Par conséquent, nous soupèserons les éléments de preuve concernant ce premier critère compte tenu des *utilisations finales* que peuvent avoir les produits et des *perceptions des consommateurs* envers ces produits. Autrement dit, nous examinerons les éléments de preuve portant sur les propriétés physiques des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées en examinant, "premièrement, la mesure dans laquelle des produits peuvent remplir des fonctions (utilisations finales) identiques ou semblables et, deuxièmement, la mesure dans laquelle les consommateurs sont disposés à utiliser les produits pour remplir ces fonctions (goûts et habitudes des consommateurs)".³⁹⁸

Utilisations finales des produits

7.191 L'Organe d'appel a défini ce critère comme étant "la mesure dans laquelle des produits peuvent remplir des fonctions (utilisations finales) identiques ou semblables".³⁹⁹ Dans le contexte

³⁹⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 6 et 57; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 14.

³⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 92.

³⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 109.

³⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.

³⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.

d'une analyse au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, il a établi que le critère de l'utilisation finale comportait certains des éléments essentiels relatifs au rapport de concurrence entre produits, notamment "la mesure dans laquelle des produits p[ouvaient] remplir des fonctions (utilisations finales) identiques ou semblables". Il note que "les éléments de preuve de ce type revêtent une importance particulière au titre de l'article III du GATT de 1994, précisément parce que cette disposition concerne les rapports de concurrence sur le marché. S'il n'y a pas – ou ne peut pas y avoir – de rapport de concurrence entre les produits, un Membre ne peut intervenir, au moyen d'impositions ou d'une réglementation intérieures, pour protéger la production nationale". Par conséquent, selon l'Organe d'appel, les éléments de preuve relatifs à la mesure dans laquelle des produits peuvent avoir les mêmes utilisations finales sont très pertinents pour une analyse de la similarité au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.⁴⁰⁰ La question que doit se poser le Groupe spécial est de savoir si c'est le cas également pour une analyse au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Comme nous l'avons expliqué auparavant, nous ne sommes pas convaincus qu'une analyse fondée essentiellement sur la concurrence constituerait toujours l'approche correcte pour analyser la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

7.192 L'Organe d'appel avertit les groupes spéciaux de ne pas confondre l'analyse du critère de l'utilisation finale avec l'analyse des caractéristiques physiques des produits⁴⁰¹ ni avec celle des goûts et habitudes des consommateurs. S'agissant de cette dernière, il explique que l'utilisation finale concerne la mesure dans laquelle deux produits peuvent remplir des fonctions identiques, alors que les goûts et habitudes des consommateurs concernent "la mesure dans laquelle les consommateurs sont disposés à utiliser les produits pour remplir ces fonctions".⁴⁰²

7.193 Comme l'a expliqué l'Organe d'appel, "[c]'est seulement en se faisant une idée complète des diverses utilisations finales d'un produit qu'un groupe spécial peut évaluer l'importance du fait que des produits partagent un nombre limité d'utilisations finales".⁴⁰³

7.194 L'Organe d'appel a établi que les éléments de preuve relatifs aux utilisations finales (et aux préférences des consommateurs) des produits étaient particulièrement pertinents dans les cas où les éléments de preuve relatifs aux propriétés, à la nature et à la qualité des produits indiquaient que les produits en cause étaient très différents du point de vue physique.⁴⁰⁴ Nous ne considérons pas que tel soit le cas en l'espèce.

7.195 L'argument de l'Indonésie relatif au critère de l'utilisation finale est assez concis: "[l]'utilisation finale de toutes les cigarettes, y compris les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, est la même – à savoir, elles sont utilisées pour fumer du tabac".⁴⁰⁵ Les États-Unis, cependant, déclarent que les cigarettes ont effectivement un certain nombre d'utilisations finales et ne sont pas simplement utilisées pour "fumer du tabac". À leur avis, les cigarettes ont, aux États-Unis, au moins deux autres utilisations finales, que permettent à des degrés divers les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac⁴⁰⁶: i) l'utilisation finale consistant à satisfaire une dépendance à la nicotine⁴⁰⁷, et ii) l'utilisation finale consistant à procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée.⁴⁰⁸ Les États-Unis ajoutent que "[l]a consommation régulière et la consommation occasionnelle de cigarettes pourraient

⁴⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.

⁴⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 111.

⁴⁰² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.

⁴⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 119.

⁴⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 118.

⁴⁰⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 59. Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 78.

⁴⁰⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 179.

⁴⁰⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 180.

⁴⁰⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 181.

être décrites comme des "utilisations finales" différentes aux États-Unis".⁴⁰⁹ Ils font valoir en outre que leur "marché régulier" est dominé par les cigarettes aromatisées au tabac et les cigarettes mentholées. En plus de ce marché, il y a un "marché occasionnel de la cigarette", constitué de cigarettes moins couramment fumées, qui cherche à attirer les fumeurs débutants et les jeunes fumeurs réguliers en leur donnant l'impression de fumer une cigarette "sortant de l'ordinaire" ou pour "se faire plaisir".

7.196 L'Indonésie conteste le fait qu'assurer un apport en nicotine soit une utilisation finale distincte et estime que c'est une conséquence de l'utilisation finale consistant à fumer du tabac puisque tous les produits du tabac contiennent de la nicotine.⁴¹⁰ Elle fait valoir qu'en tout état de cause, les États-Unis n'ont pas démontré que les utilisations finales des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac étaient différentes. S'agissant de l'utilisation finale consistant à satisfaire une dépendance à la nicotine, que proposent les États-Unis, elle indique que les trois types de cigarettes en cause assurent tous un apport en nicotine lorsqu'on les fume et que la quantité de nicotine apportée par une cigarette est déterminée par la quantité de fumée inhalée.⁴¹¹ Elle explique en outre que i) les fumeurs s'exposent à autant de fumée que nécessaire pour obtenir une quantité satisfaisante spécifique de nicotine⁴¹², et que ii) les États-Unis eux-mêmes ont fourni une étude montrant que les concentrations de nicotine dans le sang et la fréquence cardiaque des sujets examinés étaient exactement les mêmes après la consommation d'une cigarette aux clous de girofle et celle d'une cigarette ordinaire.

7.197 En ce qui concerne la deuxième utilisation finale proposée par les États-Unis, à savoir "procurer une expérience agréable", l'Indonésie fait valoir qu'il s'agit, non pas d'une utilisation finale, mais du comportement des consommateurs. Elle fait référence au rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *CE – Amiante*⁴¹³, dans lequel l'Organe d'appel a précisé que l'utilisation finale concernait la mesure dans laquelle deux produits pouvaient remplir des fonctions identiques, alors que les goûts et habitudes des consommateurs concernaient la mesure dans laquelle les consommateurs étaient disposés à utiliser les produits pour remplir ces fonctions. D'après l'Indonésie, les observations des États-Unis concernant l'attrait des arômes relèvent plus justement des goûts et habitudes des consommateurs que de l'utilisation finale.

7.198 À notre avis, l'argument concis et critique de l'Indonésie est correct: l'utilisation finale d'une cigarette est d'être fumée.⁴¹⁴ Nous estimons que les utilisations finales présentées par les États-Unis concernent plutôt les effets résultant de la consommation de cigarettes. Les gens fument des cigarettes pour de nombreuses raisons; nous pourrions certainement y inclure les deux raisons mentionnées par les États-Unis. Mais cela ne signifie pas que les cigarettes ont plusieurs utilisations finales. Par exemple, l'utilisation finale proposée par les États-Unis qui consiste à satisfaire une dépendance à la nicotine est une proposition circulaire. En effet, les fumeurs deviennent dépendants de la nicotine parce qu'ils fument des cigarettes. Quant à la deuxième utilisation finale proposée par les États-Unis, "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée", à supposer pour les besoins de l'argumentation que fumer certains types de cigarettes soit une

⁴⁰⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 41.

⁴¹⁰ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 78.

⁴¹¹ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 107. Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 78 et 79.

⁴¹² Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 79, faisant référence à CDC, "The Health Consequences of Smoking – Nicotine Addiction a Report of the Surgeon General", 1988 (pièce IND-84).

⁴¹³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.

⁴¹⁴ Nous notons que les Groupes spéciaux *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* et *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)* ont conclu aussi que l'utilisation finale des cigarettes était d'être fumées/le fait de fumer. Rapport du Groupe spécial *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 7.330. Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 7.441.

expérience plus agréable que fumer d'autres types de cigarettes, cela ne modifie pas le fait que l'utilisation finale de ces produits est la même, à savoir être fumés. En tout état de cause, comme nous l'avons dit plus haut, tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées contiennent de la nicotine et des additifs qui masquent l'âpreté du tabac.

7.199 Notre conclusion concernant ce critère est par conséquent que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont la même utilisation finale, c'est-à-dire être fumées.

Goûts et habitudes des consommateurs en ce qui concerne les produits

7.200 Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a défini les "préférences des consommateurs" comme étant "la mesure dans laquelle les consommateurs sont – ou seraient – disposés à choisir un produit plutôt qu'un autre pour opérer ces utilisations finales".⁴¹⁵ Il apparaît que la question évidente est celle de savoir dans quelle mesure les fumeurs sont – ou seraient – disposés à choisir des cigarettes aux clous de girofle plutôt que des cigarettes mentholées pour la même utilisation finale, c'est-à-dire fumer.

7.201 Toutefois, si nous examinons ce critère eu égard au but immédiat de l'article 907 a) 1) A) consistant à réglementer la composition des cigarettes avec l'objectif légitime de réduire le tabagisme chez les jeunes, il faut peut-être formuler la question différemment. En effet, comme nous l'expliquerons plus en détail lorsque nous examinerons l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, l'article 907 a) 1) A) donne suite à la décision des États-Unis de réduire le tabagisme chez les jeunes. Cela amène à la question de savoir quels sont les consommateurs dont nous devons examiner les goûts et habitudes: tous les fumeurs aux États-Unis? Seulement les jeunes fumeurs? Ou les consommateurs potentiels, c'est-à-dire les jeunes qui ne fument pas encore et ceux qui le font occasionnellement et ne sont pas encore devenus dépendants?

7.202 Nous avons demandé aux parties quels étaient les consommateurs dont nous devons tenir compte dans notre examen, et leurs réponses divergent. L'**Indonésie** estime que les consommateurs pertinents pour l'analyse de la similarité sont les fumeurs, sans analyse par groupe d'âge.⁴¹⁶ Elle fait néanmoins valoir que, au cas où le Groupe spécial déciderait de procéder à une analyse par groupe d'âge, les groupes appropriés devraient être les "jeunes" (de moins de 18 ans) et les "adultes" (de 18 ans et plus).⁴¹⁷ À son avis, la population des jeunes "qui ne fument pas encore" ne devrait pas être incluse parmi les consommateurs pertinents pour l'analyse de la similarité.⁴¹⁸

7.203 Les **États-Unis** considèrent que les consommateurs pertinents sont tous les fumeurs potentiels et actuels aux États-Unis et définissent les consommateurs "potentiels" comme les jeunes qui ont l'âge de s'initier à la cigarette. Ils déclarent qu'il faudrait évaluer et prendre en compte les habitudes de consommation des jeunes en période d'initiation et des fumeurs réguliers plus âgés dans le cadre du critère des goûts et habitudes des consommateurs utilisé pour l'analyse du produit similaire, et eu égard au fondement de la mesure, à savoir la santé publique.⁴¹⁹

7.204 Nous avons donc une première possibilité qui est de considérer que les consommateurs pertinents sont les fumeurs. Si nous choisissons de suivre cette option, la question suivante qui se pose est celle de savoir si nous devrions examiner le marché pertinent des cigarettes des États-Unis en général ou si nous devrions nous attacher à des segments particuliers du marché sur la base d'une

⁴¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.

⁴¹⁶ Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 22.

⁴¹⁷ Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 23.

⁴¹⁸ Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 24.

⁴¹⁹ Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 17.

différenciation en fonction de l'âge. Cette question semble revêtir une importance particulière parce que l'objectif déclaré de l'article 907 a) 1) A) est de réduire le tabagisme chez les jeunes.

7.205 La deuxième possibilité est de considérer que les consommateurs pertinents sont les jeunes "qui ne fument pas encore" – autrement dit, les jeunes qui n'ont pas encore commencé à fumer mais pourraient potentiellement en faire l'expérience. Cette possibilité est conforme à l'objectif énoncé à l'article 907 a) 1) A) – c'est-à-dire réduire le tabagisme chez les jeunes – parce que le groupe dont nous croyons comprendre qu'il est visé par le règlement est celui des jeunes qui commencent ou peuvent commencer à fumer.

7.206 À notre avis, l'objectif légitime du règlement technique en cause, l'article 907 a) 1) A), c'est-à-dire réduire le tabagisme chez les jeunes, délimite le champ des consommateurs dont nous devrions examiner les goûts et habitudes dans le cadre de ce critère, d'autant que nous devons examiner la façon dont les consommateurs perçoivent les cigarettes en cause. Le but de la mesure est d'empêcher que les jeunes ne deviennent des fumeurs et de dissuader de fumer ceux qui fument actuellement de façon occasionnelle les types de cigarettes plus attrayantes. Il nous semble donc évident que pour examiner ce critère, nous devons prendre en considération les jeunes. En outre, nous pensons comme les États-Unis que nous devrions aussi prendre en considération les fumeurs potentiels, c'est-à-dire les jeunes qui ne fument pas encore ou qui le font de manière occasionnelle et ne sont donc pas dépendants.

7.207 Nous rappelons que, selon l'Organe d'appel, eu égard au principe général énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994, une détermination de la "similarité" au titre de l'article III:4 est une détermination globale de l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits. Selon l'Organe d'appel, dans la mesure où les préférences des consommateurs affectent le "rapport de concurrence" des produits sur le marché, elles devraient être examinées. Comme nous l'avons dit plus haut, nous ne pensons pas que la jurisprudence fondée sur la concurrence devrait être transposée automatiquement dans une analyse de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Cependant, nous pensons que nous pourrions trouver certaines indications utiles dans les analyses antérieures effectuées au titre de l'article III du GATT de 1994 lors de l'analyse des préférences des consommateurs.

7.208 Nous rappelons que, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a rejeté l'argument du Canada selon lequel les goûts et habitudes des consommateurs étaient non pertinents dans ce différend car "l'existence de la mesure [avait] perturbé les conditions de concurrence normales entre les produits".⁴²⁰ Lorsque la demande sur le marché a été influencée par des obstacles réglementaires au commerce ou à la concurrence, un Membre doit quand même analyser les goûts et habitudes des consommateurs, peut-être en présentant des éléments de preuve indiquant une substituabilité à partir d'un marché tiers pertinent ou des éléments de preuve indiquant une demande latente ou réprimée des consommateurs sur ce marché.⁴²¹ Il apparaît donc que, dans la mesure où le rapport de concurrence est faussé par les mesures en cause elles-mêmes, cela pourrait être pris en compte, sous réserve d'être expliqué et analysé. Autrement dit, le critère de la "similarité" est destiné à s'assurer qu'on s'attendrait normalement à ce que les produits à comparer aient un rapport étroit de concurrence et à ce que les facteurs qui faussent en réalité ce rapport attendu, tels que la mesure en cause, puissent être pris en compte (alors que le critère du "traitement moins favorable", qui intervient par la suite, servirait à déterminer si les mesures ont affecté d'une manière défavorable ce rapport de concurrence au détriment des produits importés). L'interdiction imposée à la suite de l'article 907 a) 1) A), qui retire les cigarettes aux clous de girofle du marché des États-Unis, constitue à l'évidence une distorsion des rapports de concurrence sur le marché puisqu'elle élimine la concurrence.

⁴²⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 123.

⁴²¹ L'Organe d'appel faisait référence à sa décision dans l'affaire *Corée – Boissons alcooliques*. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 123.

7.209 Gardant cela à l'esprit, nous notons que les éléments de preuve relatifs aux préférences des consommateurs présentés par les parties ne peuvent pas fournir d'indications claires à cet égard. D'une part, l'Indonésie fait valoir qu'"on sait que les fumeurs alternent les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac, ce qui montre qu'en fait, ils sont prêts à substituer les produits les uns aux autres pour obtenir la même utilisation finale, qui est de fumer".⁴²² Par la suite, elle affirme que "presque 90 pour cent des jeunes fumeurs (âgés de moins de 18 ans) ne consomment pas de cigarettes aux clous de girofle".⁴²³ Les États-Unis, en revanche, déclarent dans leur première communication écrite que les cigarettes aux clous de girofle présentent un attrait particulier pour les jeunes, alors que les adultes préfèrent fumer régulièrement des cigarettes au tabac et des cigarettes mentholées.⁴²⁴ Dans leur deuxième communication écrite, ils axent leur argumentation sur le fait que "[l]es jeunes en période d'initiation sont séduits par les caractéristiques physiques attrayante des cigarettes aux clous de girofle et ne les considèrent pas comme interchangeables avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées".⁴²⁵

7.210 Nous faisons observer que, pour étayer leurs arguments, les deux parties s'appuient sur une série d'enquêtes concernant les habitudes tabagiques aux États-Unis.⁴²⁶ Ces études, toutefois, n'emploient pas les mêmes paramètres de recherche. De fait, elles étudient des groupes d'âge différents⁴²⁷, posent des questions différentes⁴²⁸ et se fondent sur des approches méthodologiques différentes.⁴²⁹ Par conséquent, étant donné que les renseignements provenant des différentes enquêtes présentées par les parties ne sont pas directement comparables, nous estimons que nous ne pouvons pas nous appuyer sur les renseignements fournis par ces enquêtes en ce qui concerne les parts de marché pour analyser le critère des goûts et habitudes des consommateurs.⁴³⁰

⁴²² Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 82.

⁴²³ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 84.

⁴²⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 185.

⁴²⁵ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 114.

⁴²⁶ L'Indonésie s'appuie sur les enquêtes suivantes: a) National Survey on Drug Use and Health (2007) (pièce IND-3); b) Western Watts Survey (pièce IND-26); c) Monitoring the Future Survey (pièce IND-33); et d) une enquête téléphonique réalisée par Opinion Research Corporation (pièce IND-34). Les États-Unis, quant à eux, fondent leurs arguments sur les enquêtes suivantes: a) National Survey on Drug Use and Health (2002 et 2003) (pièce US-53); et b) National Youth Tobacco Survey (pièce US-53).

⁴²⁷ Par exemple, l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé de 2007 utilisée par l'Indonésie examine la consommation de cigarettes aux clous de girofle, de cigarettes mentholées et de cigarettes ordinaires chez les jeunes de moins de 18 ans et les adultes, alors que les enquêtes nationales sur la consommation de drogues et la santé de 2002 et 2003 mentionnées par les États-Unis recueillent des renseignements sur la consommation de cigarettes de deux principaux groupes d'âge: a) les 12-25 ans et b) les personnes de plus de 26 ans.

⁴²⁸ Par exemple, l'une des questions figurant dans l'enquête Western Watts présentée par l'Indonésie dans son dossier est "quel type de cigarettes fumez-vous *le plus fréquemment?*" (pas d'italique dans l'original), alors que l'enquête nationale sur le tabac chez les jeunes présentée par les États-Unis enquête sur la consommation de cigarettes aux clous de girofle et de cigarettes mentholées au cours des 30 jours précédents.

⁴²⁹ La pièce US-55 montre que les différences méthodologiques entre l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé et l'enquête Surveiller l'avenir ont eu une incidence sur leurs résultats. La principale différence réside dans l'objet de chaque enquête; alors que l'enquête Surveiller l'avenir s'intéresse aux jeunes, l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé porte sur une population plus large. En outre, parmi les autres différences figurent les éléments suivants: a) taux de réponse différents; b) erreur d'échantillonnage; c) effet de périodes différentes; d) formulation différente des questions; e) traitement différent des données; et f) cadre des entretiens différent.

⁴³⁰ Nous notons que les renseignements présentés par l'Indonésie au sujet des parts de marché présupposent que le marché est constitué des cigarettes fumées aux États-Unis, ce qui inclut, au minimum, les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires. Par conséquent, si nous voulons comparer les fluctuations des parts de marché des seules cigarettes aux clous de girofle par rapport à celles des cigarettes mentholées, ces renseignements ne sont peut-être pas fiables.

7.211 Cela étant dit, nous notons que l'Organe d'appel a indiqué que "la mesure dans laquelle les consommateurs [étaient] – ou seraient – disposés à choisir un produit plutôt qu'un autre pour opérer ces utilisations finales [était un] élément [] de preuve très pertinent [] pour évaluer la "similarité" de[s] [] produits".⁴³¹ Une analyse des préférences des consommateurs supposerait donc de déterminer la substituabilité d'un produit à un autre. La notion de *substituabilité* et de *substituables* (figurant dans la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994) repose sur la possibilité qu'un consommateur substitue quelque chose à quelque chose d'autre. Une *substitution* effective ou actuelle n'est donc pas requise; au contraire, la notion semble plutôt rendre compte de "la mesure dans laquelle les consommateurs sont *disposés* à utiliser les produits pour remplir ces fonctions".⁴³²

7.212 Nous rappelons aussi que, comme l'Organe d'appel l'a reconnu, "il y a une échelle des niveaux de "compétitivité" ou de "substituabilité" des produits sur le marché et ... il est difficile, voire impossible, d'indiquer dans l'abstrait, d'une manière précise, où se situe sur cette échelle le terme "similaires" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994".⁴³³ L'Organe d'appel a dit aussi cependant qu'"[il ne] dis[ait] pas que *tous* les produits entre lesquels exist[ait] un *certain* rapport de concurrence [étaient] des "produits similaires" au sens de l'article III:4".⁴³⁴

7.213 On trouvera dans l'analogie suivante, qui s'appuie sur celle proposée par l'Indonésie⁴³⁵ entre Coca-Cola et Pepsi, un exemple permettant d'illustrer ce point. En principe, les consommateurs de Coca-Cola sont très fidèles à cette boisson sans alcool. Toutefois, sur un vol Virgin, un consommateur de Coca-Cola pourrait *substituer* Virgin Cola à Coca-Cola, alors même que cela ne constituerait pas son choix premier, car seul Virgin Cola est proposé. Cela veut dire que, pour ce consommateur, ces produits sont, dans une certaine mesure, substituables. Une situation semblable pourrait être possible dans le contexte des cigarettes. Les fumeurs sont très fidèles à leur marque mais, s'il n'y a aucune possibilité d'obtenir des cigarettes de cette marque, il est probable qu'ils fumeraient ce qui est disponible. Nous avons néanmoins interrogé les parties au sujet de la pertinence de la fidélité à une marque pour notre analyse de la similarité dans le cadre de ce critère et leur réponse a été qu'elle n'était pas pertinente. À cet égard, les États-Unis font valoir que dans le présent différend, la fidélité à une marque n'est pas importante pour l'analyse de la similarité.⁴³⁶ Selon l'Indonésie, étant donné que les consommateurs sont disposés à substituer les uns aux autres les goûts des cigarettes aux clous de girofle, des cigarettes mentholées et des cigarettes au tabac, la fidélité à une marque n'empêche pas ces cigarettes d'être substituables.⁴³⁷

7.214 À notre avis, il est approprié d'examiner la substituabilité des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées du point de vue du groupe de consommateurs pertinent qui, comme nous l'avons expliqué plus haut, comprend les jeunes fumeurs et ceux qui sont prêts à devenir fumeurs. On pourrait faire valoir que pour eux, il est probable que n'importe quelle cigarette conviendrait pour commencer à fumer. Nous notons que, comme cela est expliqué plus en détail ci-après, les éléments de preuve présentés par les parties montrent que les cigarettes aromatisées, catégorie qui comprend à la fois les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle, présentent un attrait particulier pour les jeunes. Par conséquent, pour déterminer comment les jeunes perçoivent les cigarettes et s'ils seraient disposés à remplacer une cigarette par une autre, ou substituer une cigarette à une autre, pour commencer à fumer, nous jugeons pertinent le fait que les deux types de cigarettes présentent un attrait pour les jeunes.

⁴³¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.

⁴³² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117 (pas d'italique dans l'original).

⁴³³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

⁴³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

⁴³⁵ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 83.

⁴³⁶ Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 93 du Groupe spécial, paragraphe 21.

⁴³⁷ Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 93 du Groupe spécial, paragraphe 39.

7.215 Nous rappelons l'explication concernant la mise en œuvre de l'article 907 a) 1) A) figurant dans le rapport de la Chambre sur la FSPTCA⁴³⁸, qui indique que "[c]onformément à l'objectif général du projet de loi qui est de protéger la santé publique, y compris en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes, [l'article 907 a) 1) A)] vise à prohiber la fabrication et la vente de cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes".⁴³⁹

7.216 En outre, selon la Directive de la FDA⁴⁴⁰ expliquant la raison d'être de la prohibition des cigarettes ayant des arômes caractérisants qui est imposée par l'article 907 a) 1) A), "[o]utre qu'ils sont plus attractifs pour les jeunes, les produits aromatisés facilitent les débuts des nouveaux fumeurs en masquant l'arôme désagréable du tabac. Des études ont démontré en outre que les jeunes pensent que les produits du tabac aromatisés sont plus sûrs que les produits non aromatisés".⁴⁴¹

7.217 Les éléments de preuve présentés par les parties montrent en outre que les deux types de cigarettes en cause, en raison précisément de leur arôme caractérisant qui contribue à masquer l'âpreté du tabac, sont attrayants pour les jeunes et constituent pour eux de meilleurs vecteurs d'initiation que les cigarettes ordinaires.

7.218 Par exemple, l'étude de l'OMS intitulée "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", présentée par les États-Unis, indique que "[d]es études fondées sur des documents internes de l'industrie du tabac donnent à penser que les agents aromatisants peuvent aussi jouer un rôle important dans le ciblage par ladite industrie des jeunes et des fumeurs inexpérimentés".⁴⁴² Cette étude dit aussi que "[l]e menthol a été utilisé pour cibler les nouveaux fumeurs appartenant à différents groupes ethniques".⁴⁴³

7.219 L'étude intitulée "Tobacco Policy Trend Alert on the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (Alerte sur l'évolution des pratiques en matière de tabac – la commercialisation des cigarettes à l'arôme de bonbon), présentée par les États-Unis, conclut que "... les chiffres et les documents de l'industrie indiquent clairement que les cigarettes aromatisées attirent les jeunes fumeurs et, conjuguées à la publicité des sociétés productrices de tabac pour ces produits, ciblent les mineurs".⁴⁴⁴

7.220 Nous rappelons que l'étude de l'OMS intitulée "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation" explique comment le menthol et l'eugénol dérivé des clous de girofle sont ajoutés aux cigarettes "spécifiquement pour réduire l'âpreté de la fumée et permettre au fumeur d'inhaler davantage de substances addictives et toxiques". Cette étude souligne aussi que les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle sont souvent commercialisées comme étant moins toxiques et conclut qu'"il est possible que les ingrédients ajoutés contribuent à la perception selon laquelle ces cigarettes sont moins nocives et délétères".⁴⁴⁵

7.221 Chose intéressante, le rapport de l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé intitulé "Use of Menthol Cigarettes" (consommation de cigarettes mentholées), présenté par

⁴³⁸ Voir les paragraphes 2.6 et 2.7 ci-dessus.

⁴³⁹ Pièce US-67.

⁴⁴⁰ Voir les paragraphes 2.8 à 2.11 ci-dessus.

⁴⁴¹ Directive, réponse à la question n° 1 (pièce IND-41). Voir aussi FDA Advisory – "Flavored Tobacco Products; What you need to know" (pièce IND-25).

⁴⁴² Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation," WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 26.

⁴⁴³ Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation," WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 26.

⁴⁴⁴ American Lung Association, "Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada – The Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (juillet 2005, updated mai 2006) (pièce US-35), page 7.

⁴⁴⁵ Pour la citation complète, voir le paragraphe 7.182 ci-dessus.

l'Indonésie, indique que: "[l]e menthol peut masquer l'âpreté de la fumée de cigarette et, partant, faciliter l'initiation des adolescents au tabac".⁴⁴⁶ C'est aussi la conclusion à laquelle est arrivée le document susmentionné intitulé "Tobacco Policy Trend Alert on the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes", présenté par les États-Unis, qui conclut qu'"[e]n raison de son effet rafraîchissant dans la bouche et la gorge, le menthol aidait à masquer l'âpreté de la fumée de cigarette".⁴⁴⁷

7.222 De plus, un article paru dans une revue médicale spécialisée intitulé "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects" (cigarettes aux clous de girofle: motifs d'inquiétude concernant les effets sur la santé), présenté par les États-Unis, indique que "[l]es cigarettes aux clous de girofle présentent un attrait pour les adolescents qui font l'expérience de l'usage du tabac et peuvent influencer sur le développement d'habitudes tabagiques ultérieures".⁴⁴⁸

7.223 En outre, le rapport de mars 2011 du TPSAC communiqué à la FDA⁴⁴⁹ corrobore notre interprétation selon laquelle les cigarettes mentholées présentent un attrait particulier pour les jeunes.

⁴⁴⁶ Use of Menthol Cigarettes, "The National Survey on Drug Use and Health Report", 19 novembre 2009 (pièce IDN-66), page 1.

⁴⁴⁷ American Lung Association, "Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada – The Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (juillet 2005, updated mai 2006) (pièce US-35) page 5.

⁴⁴⁸ Guidotti *et al.*, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", *The Western Journal of Medicine* (août 1989) (pièce US-38), page 1.

⁴⁴⁹ Comme cela est expliqué au paragraphe 2.23, la FSPTCA chargeait le TPSAC de remettre un rapport à la FDA sur l'incidence des cigarettes mentholées sur la santé publique. Le rapport de mars 2011 du TPSAC a été remis à la FDA le 18 mars 2011. Ce rapport notait, entre autres choses, que "les cigarettes mentholées [étaient] particulièrement populaires chez les jeunes fumeurs" et adressait à la FDA la recommandation générale suivante: "[l]e retrait des cigarettes mentholées du marché serait bénéfique pour la santé publique aux États-Unis". Rapport de mars 2011 du TPSAC, pages 36 et 208, disponible à l'adresse <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consulté le 10 mai 2011. Eu égard aux conclusions du rapport de mars 2011 du TPSAC, le Groupe spécial a demandé aux parties: i) si la recommandation susmentionnée énoncée dans le rapport de mars 2011 du TPSAC était pertinente pour le différend; ii) quelle était la pertinence du rapport de mars 2011 du TPSAC pour la question de savoir si les cigarettes aromatisées au menthol étaient "similaires" aux cigarettes aux clous de girofle; iii) de présenter des observations au sujet de l'importance des éléments de preuve présentés dans le rapport de mars 2011 du TPSAC concernant le nombre de cigarettes mentholées fumées par les jeunes, pour ce qui est du différend; et iv) si le Groupe spécial pourrait procéder à une "évaluation objective" de la question dont il était saisi au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord sans tenir compte du rapport de mars 2011 du TPSAC. Selon les États-Unis, i) la recommandation a, au plus, une pertinence marginale pour les questions soulevées dans le différend (réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 10); ii) toute pertinence du rapport de mars 2011 du TPSAC pour la comparaison avec le produit "similaire" dans le différend est très limitée (réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 16); iii) les données figurant dans le rapport de mars 2011 du TPSAC ont une pertinence limitée pour les questions sur lesquelles le Groupe spécial doit se prononcer (réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 21); et iv) le Groupe spécial n'agirait pas d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord si, dans son rapport, il ne prenait pas en considération le rapport de mars 2011 du TPSAC (réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 4). Selon l'Indonésie, i) la recommandation du TPSAC concernant le menthol n'est pas pertinente pour le différend (réponse de l'Indonésie à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 1); ii) le rapport de mars 2011 du TPSAC n'est pas particulièrement pertinent pour la question de savoir si les cigarettes aromatisées au menthol sont "similaires" aux autres cigarettes aromatisées (réponse de l'Indonésie à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 4); iii) les éléments de preuve et conclusions du rapport de mars 2011 du TPSAC sont compatibles avec les faits affirmés par l'Indonésie dans le différend (réponse de l'Indonésie à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 5); et iv) le Groupe spécial peut procéder à une "évaluation objective" de la question dont il est saisi sans tenir compte du rapport de mars 2011 du TPSAC (réponse de l'Indonésie à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 6).

7.224 Par exemple, le rapport de mars 2011 du TPSAC conclut que l'industrie a élaboré la commercialisation des cigarettes mentholées de façon à attirer les jeunes:

"[L]a section concernant la thématique relative à la jeunesse dans la commercialisation des cigarettes mentholées et les études des documents de l'industrie décrits dans la présente section confirment que l'industrie a élaboré la commercialisation de ces cigarettes de façon à attirer les jeunes. Cela est particulièrement vrai pour la marque Newport, mais cette stratégie a été adoptée aussi par d'autres sociétés productrices de tabac. Les messages commerciaux présentaient les cigarettes mentholées comme un produit pour débutant attractif pour les nouveaux fumeurs qui n'étaient pas habitués au goût intense du tabac ni/ou à des concentrations élevées de menthol. Des études empiriques fournissent d'autres éléments de preuve montrant l'existence d'un ciblage: les jeunes sont attentifs aux publicités pour les cigarettes mentholées et sont attirés par elles. La publicité pour les cigarettes, y compris la publicité pour les cigarettes mentholées, a une plus grande incidence sur le choix de la marque par les adolescents qu'elle n'en a pour les fumeurs adultes."⁴⁵⁰

7.225 Le rapport de mars 2011 du TPSAC signale aussi que les cigarettes mentholées plaisent aux jeunes et aux fumeurs débutants en raison des effets sensoriels qu'elles procurent:

"[L]es éléments de preuve donnent à penser que les jeunes choisissent les cigarettes mentholées, en particulier celles qui ont une faible teneur en menthol, parce qu'elles sont relativement faciles à fumer pour le fumeur débutant, et qu'ils les perçoivent comme moins nocives que les cigarettes non mentholées ... Considérés ensemble, les différents éléments de preuve étayent l'idée que les cigarettes mentholées attirent les jeunes et les fumeurs débutants en raison des effets sensoriels qu'elles procurent."⁴⁵¹

7.226 Le rapport de mars 2011 du TPSAC indique aussi que "[l]es éléments de preuve sont suffisants pour conclure que l'existence d'un lien est plus probable que son absence quant au fait que la disponibilité des cigarettes mentholées augmente la probabilité et le degré de dépendance chez les jeunes fumeurs".⁴⁵²

7.227 En outre, dans le chapitre intitulé "Public Health Impact" (incidence sur la santé publique), le rapport de mars 2011 du TPSAC conclut, entre autres choses, que la disponibilité des cigarettes mentholées accroît le phénomène d'initiation chez les jeunes, c'est-à-dire le nombre de fumeurs, et a par conséquent une incidence défavorable sur la santé publique aux États-Unis:

"Le TPSAC conclut effectivement que la disponibilité des cigarettes mentholées a conduit à une augmentation du nombre de fumeurs et que cette augmentation a effectivement une incidence défavorable sur la santé publique aux États-Unis. Le TPSAC a trouvé des éléments de preuve indiquant que la disponibilité des cigarettes mentholées accroissait l'initiation; le taux élevé de consommation de cigarettes mentholées chez les jeunes et la tendance observée sur la dernière décennie à l'intensification de cette consommation chez les jeunes de 12 à 17 ans étaient

⁴⁵⁰ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 66, disponible à l'adresse <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consulté le 22 avril 2011.

⁴⁵¹ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 103, disponible à l'adresse <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consulté le 22 avril 2011.

⁴⁵² Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 199, disponible à l'adresse <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consulté le 22 avril 2011.

particulièrement préoccupants, alors même que la consommation de cigarettes non mentholées reculait. Le TPSAC a conclu aussi que la réussite du sevrage était moins probable chez les fumeurs de cigarettes mentholées. Par conséquent, la disponibilité des cigarettes mentholées accroît l'initiation et diminue le sevrage, ce qui accroît le nombre de personnes qui fument. Cette augmentation du nombre de fumeurs constitue une incidence défavorable de la disponibilité des cigarettes mentholées sur la santé publique."⁴⁵³

7.228 Nous notons que, s'agissant du rapport de mars 2011 du TPSAC, les États-Unis reconnaissent que "le rapport est mentionné dans la législation des États-Unis; les parties y ont fait référence dans leurs communications au Groupe spécial; et les médias ont largement fait état de sa publication".⁴⁵⁴ Nous sommes d'avis que nous pouvons nous appuyer sur le rapport de mars 2011 du TPSAC pour corroborer nos constatations puisque cela serait compatible avec les articles 11 et 13 du Mémorandum d'accord.

7.229 Les *Directives partielles* de l'OMS renforcent notre interprétation. En effet, il apparaît qu'elles montrent que la communauté scientifique perçoit les cigarettes incluant des additifs qui améliorent le goût, c'est-à-dire celles dont l'article 907 a) 1) A) indique qu'elles ont un arôme caractérisant, comme faisant partie d'un même panier ou d'une même catégorie de cigarettes qui attirent les consommateurs. À cet égard, les *Directives partielles* de l'OMS font valoir que "[l]a réglementation des ingrédients visant à réduire l'attractivité des produits du tabac peut contribuer à abaisser la prévalence du tabagisme et de la dépendance tant chez les nouveaux consommateurs que chez les consommateurs habituels". Elles recommandent donc, entre autres choses, ce qui suit: "Les [p]arties devraient réglementer, en la limitant ou en l'interdisant, l'utilisation d'ingrédients pouvant servir à améliorer le goût des produits du tabac."⁴⁵⁵ Les ingrédients ciblés incluent ceux qui sont utilisés pour améliorer le goût. Parmi les ingrédients améliorant le goût qui sont énumérés dans les *Directives partielles* de l'OMS, nous trouvons des agents masquants comme le menthol ainsi que des épices et des extraits végétaux, qui incluent la menthe et peuvent viser les clous de girofle.

7.230 Les deux parties semblent convenir que les *Directives partielles* de l'OMS sont potentiellement pertinentes pour le différend. Tout d'abord, en réponse à une question du Groupe spécial, l'Indonésie a fait valoir que les *Directives partielles* de l'OMS n'étaient pas pertinentes pour les questions de fait et de droit dont était saisi le Groupe spécial.⁴⁵⁶ Par la suite, elle a toutefois nuancé sa position en faisant valoir que les principales constatations et recommandations factuelles énoncées à la fois dans les directives et dans le rapport s'appliquaient également tant aux cigarettes aromatisées aux clous de girofle qu'aux cigarettes aromatisées au menthol.⁴⁵⁷ Les États-Unis ont fait valoir que les *Directives partielles* de l'OMS étayaient l'approche réglementaire des États-Unis consistant à interdire les arômes caractérisants dans les cigarettes.⁴⁵⁸ Ils ont précisé par la suite que, bien que les *Directives partielles* de l'OMS présentent des constatations et recommandations factuelles générales pertinentes pour le présent différend, ces constatations ne tenaient pas compte spécifiquement des circonstances particulières existant aux États-Unis et, par conséquent, ne devraient pas être considérées comme s'appliquant également à tous les arômes ou additifs.⁴⁵⁹ Nous souscrivons au point de vue des États-Unis selon lequel les *Directives partielles* de l'OMS ne s'appliquent pas

⁴⁵³ Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 199, disponible à l'adresse <http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm>, consulté le 22 avril 2011.

⁴⁵⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁴⁵⁵ Le texte du projet de Directives, qui a été adopté sans modification à la COP, peut être consulté en ligne à l'adresse http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_28draft-fr.pdf.

⁴⁵⁶ Réponse de l'Indonésie à la question n° 19 du Groupe spécial.

⁴⁵⁷ Réponse de l'Indonésie à la question n° 97 du Groupe spécial.

⁴⁵⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 19 du Groupe spécial.

⁴⁵⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 97 du Groupe spécial.

nécessairement directement aux besoins réglementaires particuliers d'un pays donné. Toutefois, "s'appuyant sur les meilleures données scientifiques disponibles et sur l'expérience des Parties"⁴⁶⁰, ces directives montrent effectivement qu'il existe un consensus croissant au sein de la communauté internationale en faveur du renforcement des politiques de lutte antitabac par une réglementation de la composition des produits du tabac, y compris les additifs qui rendent les cigarettes plus attractives et en améliorent le goût. Par conséquent, nous estimons que les *Directives partielles* de l'OMS corroborent notre interprétation.

7.231 La conclusion inévitable est que tant les cigarettes mentholées que les cigarettes aux clous de girofle attirent les jeunes en raison de la présence d'un additif qui leur donne un arôme caractérisant ayant pour effet de masquer l'âpreté du tabac. En effet, les rapports, études et articles scientifiques susmentionnés montrent qu'au niveau international, il est considéré que les additifs comme le clou de girofle, le menthol, la vanille, le chocolat, le café, etc. qui confèrent un certain arôme caractérisant aux cigarettes améliorent le goût et, de ce fait, attirent les jeunes. Nous observons que les études de l'OMS et les *Directives partielles* de l'OMS étayaient le point de vue selon lequel les jeunes sont attirés par les cigarettes ayant des arômes qui améliorent le goût, et que les études ne font pas de distinction entre les catégories d'arômes pour ce qui est de savoir s'ils attirent plus ou moins les jeunes; de fait, tous sont mis dans le même panier comme étant attractifs pour les jeunes. Ces études reposent par conséquent sur l'hypothèse que les jeunes sont généralement attirés par les cigarettes ayant des arômes caractérisants ou des additifs qui en améliorent le goût. Pour simplifier, toutes ces cigarettes aromatisées sont perçues comme des vecteurs d'initiation à la cigarette. Ce point de vue est aussi celui qui est exprimé dans la Directive de la FDA⁴⁶¹ et, dans une certaine mesure, dans les diverses notes explicatives sur les raisons sous-tendant l'adoption de l'article 907 a) 1) A) qui figurent dans le rapport de la Chambre.

7.232 Nous sommes d'avis que les diverses études susmentionnées et leurs conclusions indiquent que dans l'esprit des jeunes, les cigarettes aromatisées, y compris celles aromatisées aux clous de girofle ou au menthol, sont semblables. Par conséquent, nous concluons que la perception de nombre des consommateurs en cause en l'espèce, à savoir les jeunes fumeurs et les jeunes fumeurs potentiels, est que les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes aromatisées aux clous de girofle sont semblables pour ce qui est de commencer à fumer.

Classement tarifaire des produits

7.233 Le dernier critère est celui du classement tarifaire des produits. Selon l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, "[l]e classement tarifaire correspond clairement aux propriétés physiques d'un produit".⁴⁶² Toutefois, l'Organe d'appel a bien précisé que, même lorsque la classification douanière des produits comparés était la même, "cette indication de "similarité" ne saurait être déterminante en soi".⁴⁶³

7.234 L'**Indonésie** affirme que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays ont le même classement tarifaire international au niveau de la position à six chiffres⁴⁶⁴, dont elle

⁴⁶⁰ Directives partielles de l'OMS, Section 1.1.

⁴⁶¹ La Directive de la FDA indique par exemple ce qui suit:

"Des études ont démontré en outre que les jeunes pensent que les produits du tabac aromatisés sont plus sûrs que les produits non aromatisés.

Les cigarettes aromatisées sont aussi dépendogènes et ont le même type d'effets néfastes que les cigarettes ordinaires. Il est important de retirer ces produits aromatisés du marché car cela supprimera une des voies empruntées par les jeunes pour commencer à faire régulièrement usage du tabac." Directive de la FDA, page 2.

⁴⁶² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

⁴⁶³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 146.

⁴⁶⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 64.

indique, en réponse à une question, qu'il s'agit de la position 2402.20.⁴⁶⁵ En outre, pour réfuter un argument présenté par les États-Unis, elle précise que toute différence de classement tarifaire au niveau de la position à huit chiffres est sans pertinence, étant donné que seul le classement au niveau de la position à six chiffres peut être comparé sur le plan international.⁴⁶⁶

7.235 Dans leur première communication écrite, les **États-Unis** ne font aucune observation sur la déclaration de l'Indonésie selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays relèvent du même classement tarifaire international, si ce n'est qu'ils notent que l'Organe d'appel a fait remarquer que le classement tarifaire ne saurait être déterminant en soi.⁴⁶⁷ Par la suite, dans leur deuxième communication écrite, ils font valoir que les "cigarettes aux clous de girofle sont traitées différemment de toutes les "autres" cigarettes au niveau de la position à huit chiffres de la Liste des États-Unis annexée au GATT de 1994".⁴⁶⁸

7.236 Les cigarettes peuvent être classées dans le chapitre 24 du Système Harmonisé sous la position 2402 visant les "Cigares (y compris ceux à bouts coupés), cigarillos et cigarettes, en tabac ou en succédanés de tabac". Nous avons trouvé trois codes à six chiffres du SH pertinents pour les cigarettes, à savoir:

"240210 Cigares (y compris ceux à bouts coupés) et cigarillos, contenant du tabac

240220 Cigarettes contenant du tabac

240290 Autres".

7.237 Par conséquent, la position à six chiffres pour les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires est la position 2402.20.

7.238 S'agissant de la position du classement tarifaire, les États-Unis déclarent en outre que le traitement fiscal de deux produits différents devrait avoir très peu d'importance dans l'analyse du "produit similaire" lorsque la mesure nationale considérée est adoptée, non à des fins fiscales, mais pour protéger la santé humaine.⁴⁶⁹ Toutefois, dans la mesure où c'est pertinent, ils notent que l'Indonésie ne traite apparemment pas les cigarettes aux clous de girofle d'une manière "similaire" à celle dont elle traite les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées importées à des fins de taxation intérieure.⁴⁷⁰

7.239 Nous ne voyons pas la pertinence de la politique fiscale de l'Indonésie dans l'évaluation de ce critère. Nous devons examiner si le classement tarifaire de ces types de cigarettes est semblable. À cet égard, l'Organe d'appel a signalé qu'en examinant ce critère, les groupes spéciaux devraient normalement prendre en considération les nomenclatures tarifaires établies sur la base du Système Harmonisé.⁴⁷¹ De ce point de vue, nous constatons que tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées sont classées dans la sous-position 2402.20 du SH.

⁴⁶⁵ Réponse de l'Indonésie à la question n° 45 du Groupe spécial, paragraphe 98. Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 90.

⁴⁶⁶ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 90.

⁴⁶⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 168.

⁴⁶⁸ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 116.

⁴⁶⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 191.

⁴⁷⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 192.

⁴⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 25.

iv) *Conclusion concernant la similarité*

7.240 Nous avons constaté plus haut que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient physiquement semblables et que les unes et les autres incluaient un additif qui leur conférait un arôme caractérisant. Nous avons dit aussi que la présence de cet additif était particulièrement pertinente si elle était examinée dans le contexte du but immédiat de l'article 907 a) 1) A), qui est un "règlement technique" visant à réglementer les cigarettes incluant ces additifs.

7.241 Nous avons constaté aussi que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées avaient la même utilisation finale qui était fumer.

7.242 Nous avons constaté en outre que la perception des consommateurs en cause en l'espèce, à savoir les jeunes fumeurs et les jeunes fumeurs potentiels, était que les cigarettes aromatisées étaient semblables pour ce qui est de commencer à fumer.

7.243 Enfin, nous avons constaté que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient classées sous le même code à six chiffres du SH, à savoir 2402.20.

7.244 Comme nous l'avons expliqué tout au long de nos constatations, le Groupe spécial est arrivé aux conclusions ci-dessus en gardant à l'esprit le fait que la mesure en cause était un règlement technique qui avait pour but immédiat de réglementer les cigarettes ayant un arôme caractérisant en vue d'atteindre l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. Comme nous l'avons expliqué, nous pensons que cet objectif légitime doit imprégner et éclairer notre analyse de la similarité. En s'appuyant sur ces critères, nous avons donc examiné soigneusement la pertinence des caractéristiques qui sont importantes pour l'objectif de santé publique énoncé à l'article 907 a) 1) A), c'est-à-dire réduire le tabagisme chez les jeunes.

7.245 Nous estimons que notre approche fondamentale de la "similarité" en l'espèce est compatible avec une hypothèse très utile présentée par les États-Unis à la deuxième réunion du Groupe spécial et réitérée en réponse à une question du Groupe spécial:

"Certains produits peuvent être considérés comme similaires dans certains contextes mais pas dans d'autres. Par exemple, comme les États-Unis l'ont noté à la deuxième réunion de fond avec le Groupe spécial, les tasses en papier, en plastique et en aluminium pourraient être considérées comme des produits "similaires", indépendamment de ces différences physiques, en ce qui concerne une taxe ou une autre mesure fiscale. Toutes permettent la même utilisation finale consistant à contenir des liquides et peuvent être considérées comme interchangeables par les consommateurs dans ce contexte. Les différents matériaux utilisés pour les tasses peuvent être considérés comme moins importants dans l'analyse du produit similaire dans cette situation. Toutefois, les mêmes tasses ne pourraient pas être considérées comme "similaires" en ce qui concerne une mesure réglementant les produits qui peuvent être utilisés sans danger dans les fours à micro-ondes. Dans cette situation, les différents matériaux utilisés pour fabriquer les tasses seraient plus pertinents, car l'aluminium ne peut pas être utilisé sans danger dans un four à micro-ondes. Cette différence aurait une incidence sur le point de savoir si les consommateurs considèrent chaque tasse comme étant adaptée à l'utilisation dans un four à micro-ondes et serait pertinente pour des mesures réglementant les tasses pouvant être utilisées dans un four à micro-ondes. Dans ce contexte, les différents matériaux utilisés constitueraient des différences importantes entre les tasses. La mesure particulière en cause est pertinente pour le point de savoir si les différentes propriétés

physiques de la tasse signifient qu'une tasse donnée n'est pas "similaire" à une autre tasse."⁴⁷²

7.246 Nous pensons que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées peuvent être considérées comme "similaires" dans certains contextes mais pas dans d'autres. Par exemple, ces deux sortes de cigarettes ne pourraient pas être considérées comme "similaires" dans le contexte d'une hypothétique mesure réglementant les produits sur la base de caractéristiques que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées n'ont pas en commun, par exemple le point de savoir si elles contiennent de l'eugénol (les cigarettes aux clous de girofle en contiennent et la plupart des cigarettes mentholées n'en contiennent pas). Dans le même ordre d'idées, elles ne pourraient pas être considérées comme "similaires" dans le contexte d'une hypothétique taxe ou mesure fiscale établie sur la base du type de tabac qu'elles contiennent (les cigarettes aux clous de girofle contiennent généralement du tabac de Java séché au soleil, ce qui n'est pas le cas de la plupart des cigarettes mentholées). Toutefois, ces deux mêmes types de cigarettes pourraient être considérés comme "similaires" dans le contexte d'autres mesures qui réglementeraient les produits sur la base des caractéristiques que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont effectivement en commun, par exemple une hypothétique mesure établissant entre les différents produits du tabac une distinction reposant sur le fait que ces produits sont ou non carcinogènes (ce que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont les unes et les autres).

7.247 La mesure en cause en l'espèce régleme clairement les cigarettes sur la base d'une caractéristique que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont en commun, qui, selon le libellé de l'article 907 a) 1) A), est qu'elles "contiendr[ont] en tant que constituant ... ou additif, un arôme artificiel ou naturel ... ou un extrait végétal ou une épice ... qui soit un arôme caractérisant". Dans le contexte de cette mesure particulière, qui régleme les produits du tabac sur la base de cette caractéristique particulière – qui peut être regardée comme étant peut-être la particularité définissant chaque type de produit –, nous constatons qu'il est très difficile de voir en quoi les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ne seraient pas considérées comme "similaires". Comme nous l'avons analysé dans nos constatations, nous sommes conscients qu'il y a certaines différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées. Il se peut fort bien que ces différences amènent à la conclusion que ces deux produits ne sont pas "similaires" dans le contexte de mesures différentes. Toutefois, dans le contexte de la mesure en cause en l'espèce, ces différences sont moins importantes et moins pertinentes. En d'autres termes, contrairement à ce que les États-Unis font valoir⁴⁷³, ces différences ne sont pas liées à l'objectif de santé publique de la mesure en cause et, par conséquent, ne sont pas pertinentes pour l'analyse du produit similaire en l'espèce. À notre avis, les similitudes relatives à l'objectif de santé publique de l'article 907 a) 1) A) sont très pertinentes pour l'analyse du produit similaire dans les circonstances de la présente affaire.

7.248 En conséquence, compte tenu de nos conclusions qui précèdent, nous constatons que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

d) Question de savoir s'il est accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale

i) *Introduction*

7.249 Le fait que l'article 907 a) 1) A) établit une différence entre les produits similaires n'est pas suffisant en soi pour constituer une violation de l'obligation de traitement national qui figure à

⁴⁷² Réponse des États-Unis à la question n° 96 du Groupe spécial, paragraphe 52.

⁴⁷³ Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 27 (pas d'italique dans l'original).

l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. En fait, nous devons aussi constater que l'article 907 a) 1) A) accorde aux cigarettes aux clous de girofle importées un "traitement moins favorable" que celui qu'il accorde au produit national similaire, à savoir les cigarettes mentholées.⁴⁷⁴

7.250 Il y a deux questions préliminaires sur lesquelles nous devons apporter des éclaircissements avant d'examiner en détail cet élément du critère relatif au traitement national. La première est l'approche interprétative du Groupe spécial et la seconde est la nature de l'allégation de l'Indonésie concernant un traitement moins favorable.

ii) *Approche adoptée par le Groupe spécial pour interpréter le critère relatif au traitement moins favorable prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC*

7.251 Comme avec la "similarité", la notion de "traitement moins favorable" a été interprétée dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994. Cette jurisprudence résulte d'une analyse fondée sur la concurrence qui repose sur des références explicites au principe général énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994. Nous sommes donc à nouveau confrontés à la question de savoir si nous devons suivre cette jurisprudence, ou plutôt interpréter cette notion dans le contexte de l'*Accord OTC* et à la lumière de l'objectif légitime⁴⁷⁵ de l'article 907 a) 1) A).

7.252 Les parties ont fait valoir leurs positions respectives concernant cet élément de l'allégation relative au traitement national en invoquant différents aspects de la jurisprudence établie par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994.⁴⁷⁶

7.253 Comme nous l'avons expliqué plus haut, il apparaît que le libellé de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est calqué sur celui de l'article III:4 du GATT de 1994. Les deux articles imposent aux Membres en des termes semblables d'accorder aux produits importés "un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale". Cependant, cette obligation ne s'applique qu'aux règlements techniques et cela, comme nous l'avons aussi dit précédemment, est de la plus haute importance pour l'interprétation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* en l'espèce.

7.254 Bien que nous convenions avec les parties qu'il faut donner du poids à cette similitude dans la formulation, nous le faisons avec prudence parce que, comme l'a fait observer l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, même dans la mesure où les termes utilisés sont identiques, ceux-ci "doi[vent] être interprété[s] à la lumière du contexte, ainsi que de l'objet et du but, de la disposition en question, et à la lumière de l'objet et du but de l'accord visé dans lequel figure cette disposition".⁴⁷⁷

7.255 Nous pensons que l'approche que nous avons adoptée pour interpréter la "similarité" visée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* devrait aussi s'appliquer, pour les mêmes raisons, à notre analyse de la question de savoir s'il a été accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées "un traitement moins favorable" que celui qui est accordé au produit national similaire, à savoir les cigarettes mentholées. Nous avons expliqué plus haut qu'à notre avis, l'objectif légitime de réduction du tabagisme des jeunes doit imprégner et éclairer notre analyse de la similarité. Nous suivrons une approche analogue dans notre examen du présent élément.

⁴⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100.

⁴⁷⁵ Nous renvoyons à la section VII.F.2) c) dans laquelle nous avons conclu que l'Indonésie n'avait pas démontré que l'objectif de l'interdiction n'était pas "légitime".

⁴⁷⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 66 à 68; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 93 à 104; première communication écrite des États-Unis, paragraphes 196 à 212; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 126 à 144.

⁴⁷⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 88 et 89.

iii) *Discrimination de jure contre discrimination de facto*

7.256 Nous notons qu'il y a eu une importante évolution, ou peut-être clarification, dans l'argumentation développée par l'Indonésie au regard de ce critère. Initialement, il est apparu que l'Indonésie, dans sa première communication écrite, alléguait une discrimination *de jure*, en dépit du fait que l'article 907 a) 1) A), tel qu'il est libellé, est neutre quant à l'origine. L'Indonésie n'a pas mentionné de discrimination *de facto* dans sa première communication écrite. Les États-Unis ont répondu que l'Indonésie ne s'était pas acquittée de la charge qui lui incombait de démontrer qu'il était accordé aux cigarettes aux clous de girofle un traitement moins favorable sur la base de leur origine nationale.⁴⁷⁸ Ils ont rappelé que l'article III:4 interdisait aux Membres d'accorder un traitement moins favorable, "que ce soit *de jure* ou *de facto*", aux produits importés par rapport aux produits nationaux et ont néanmoins entrepris de réfuter une allégation de discrimination *de facto* potentielle dans leur première communication écrite.

7.257 En réponse à une question du Groupe spécial et après la présentation des communications des tierces parties, l'Indonésie a allégué que l'article 907 a) 1) A) entraînait une discrimination *de facto* à l'encontre des produits importés. Elle a souligné qu'alors que les cigarettes mentholées (et les cigarettes ordinaires) étaient produites aux États-Unis, les cigarettes aux clous de girofle, qui étaient interdites, étaient principalement importées d'Indonésie. Selon elle, cela signifie que l'interdiction imposée par l'article 907 a) 1) A) n'affectait pratiquement aucune des cigarettes produites dans le pays dont les parts de marché sont pertinentes.⁴⁷⁹

7.258 L'Indonésie fait observer (en référence à la déclaration orale du Brésil⁴⁸⁰) que le Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* a expliqué que "la discrimination *de facto* [était] une expression générale décrivant la conclusion juridique selon laquelle une mesure neutre en apparence transgresse une norme de non-discrimination parce que son effet réel est d'imposer des conséquences défavorables à différents degrés à certaines parties et parce qu'il est constaté que ces effets différenciés sont inopportuns ou injustifiables".⁴⁸¹

7.259 L'Indonésie se réfère en outre à la déclaration orale de la Norvège⁴⁸² pour donner des précisions supplémentaires sur la jurisprudence existante au sujet de la discrimination *de facto*. Elle fait observer que des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont examiné la conception, la structure et le fonctionnement de la mesure lorsqu'ils ont évalué la discrimination *de facto*.⁴⁸³ Elle souligne en outre que des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté qu'il y avait discrimination *de facto* si les produits dans le pays tendaient à faire l'objet d'un traitement plus favorable que les produits importés similaires.⁴⁸⁴

7.260 Nous observons que l'article 907 a) 1) A) n'interdit pas explicitement certains types de cigarettes sur la base de leur origine, mais plutôt en fonction de l'arôme caractérisant que possèdent ces cigarettes. Un traitement moins favorable *de jure* serait donc exclu. En outre, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie ne contient aucune indication selon laquelle l'allégation indonésienne est limitée au traitement moins favorable *de jure*; elle indique seulement que la mesure en cause constitue une violation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* parce qu'elle "aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à un produit national similaire, les cigarettes mentholées". Par

⁴⁷⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 174.

⁴⁷⁹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 48 du Groupe spécial, paragraphes 100 à 102.

⁴⁸⁰ Déclaration orale du Brésil en tant que tierce partie, paragraphe 7.

⁴⁸¹ Rapport du Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, paragraphe 7.101.

⁴⁸² Déclaration orale de la Norvège en tant que tierce partie, paragraphe 19.

⁴⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 215.

⁴⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphes 51 à 53; rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 8.119 à 8.121.

ailleurs, les États-Unis n'ont pas fait valoir que l'évolution de l'argumentation de l'Indonésie leur avait été préjudiciable d'une quelconque manière et ont examiné assez longuement la question de la discrimination *de facto* dans leur première communication écrite.

7.261 Dans ces circonstances, nous décidons d'examiner l'allégation de l'Indonésie en tant qu'allégation de traitement moins favorable *de facto*.

iv) *Critère relatif au traitement moins favorable prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC*

7.262 Comme nous l'avons expliqué plus haut, la notion de "traitement moins favorable" n'a pas été interprétée dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, sauf très brièvement par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*.⁴⁸⁵ Comme nous l'avons aussi expliqué précédemment, cette notion a été interprétée dans un contexte de traitement national par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel au regard de l'article III:4 du GATT de 1994.

7.263 La notion de "traitement moins favorable" a été tout d'abord interprétée au regard de l'article III:4 du GATT de 1994 par le Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière* comme exigeant "l'égalité effective des possibilités" offertes aux produits importés⁴⁸⁶ et cette même ligne d'interprétation a été suivie par de groupes spéciaux ultérieurs et par l'Organe d'appel.⁴⁸⁷

7.264 Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a fait observer que "[l]a question de savoir si les produits importés [étaient] soumis à un traitement "moins favorable" que les produits nationaux similaires devrait ... être appréciée en se demandant si une mesure modifi[ait] les *conditions de concurrence* au détriment des produits importés *sur le marché en question*".⁴⁸⁸

7.265 Nous notons que comme avec la notion de "produits similaires", l'Organe d'appel, dans l'affaire *CE – Amiante*, a interprété l'expression "traitement moins favorable" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 à la lumière du principe général énoncé à l'article III:1 et a ainsi considéré que "[l]'expression "traitement moins favorable" exprim[ait] le principe général, énoncé à l'article III:1, selon lequel les réglementations intérieures "ne devr[aient] pas être appliquées ... de manière à protéger la production nationale".

7.266 L'Organe d'appel a expliqué que "[s]i un "traitement moins favorable" [était] accordé au groupe des produits importés "similaires", une "protection" [était] à l'inverse accordée au groupe des produits nationaux "similaires".⁴⁸⁹ Comme il l'a dit dans l'affaire *CE – Amiante*, "[u]n Membre peut toutefois établir une distinction entre des produits qui ont été jugés "similaires", sans accorder, pour cela, au groupe des produits *importés* "similaires" un "traitement moins favorable" que celui qui est accordé au groupe des produits *nationaux* "similaires".⁴⁹⁰ Par conséquent, le fait que des distinctions de traitement soient établies entre différents produits ne constitue pas nécessairement un traitement "moins favorable". En outre, il peut y avoir des cas dans lesquels l'application de dispositions

⁴⁸⁵ Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.464 à 7.476.

⁴⁸⁶ Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, paragraphe 5.11.

⁴⁸⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.10; rapport du Groupe spécial *CE – Bananes III*, paragraphes 7.179 et 7.180; rapport du Groupe spécial *Japon – Pellicules*, paragraphe 10.379.

⁴⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137. (pas d'italique dans l'original)

⁴⁸⁹ Nous notons que dans cette affaire, il n'était pas demandé à l'Organe d'appel d'examiner les constatations formulées par le Groupe spécial au sujet du traitement moins favorable. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100.

⁴⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100.

juridiques formellement *identiques* accorderait dans la pratique un traitement moins favorable au produit importé.⁴⁹¹ De ce fait, il semblerait qu'un "traitement moins favorable" existe, du moins au regard de l'article III:4 du GATT de 1994, quand le produit importé est en situation de désavantage concurrentiel sur le marché intérieur par suite de la mesure.

7.267 En conséquence, selon l'article III:4 du GATT de 1994, la question de savoir si "un traitement moins favorable" est accordé aux produits importés par rapport aux produits nationaux similaires repose essentiellement sur l'évaluation des conditions de concurrence sur le marché. Nous observons toutefois que l'examen de la question de savoir si la mesure en cause assure "l'égalité effective des possibilités de concurrence" n'a *pas* besoin d'être fondée sur les effets réels de la mesure sur le marché.⁴⁹²

7.268 Par conséquent, nous croyons comprendre, au vu de la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994 évoquée ci-dessus, que la question qui devrait être examinée est celle de savoir si l'égalité des conditions de concurrence entre produits importés et produits nationaux est affectée.⁴⁹³ Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a indiqué que les produits importés étaient traités moins favorablement que les produits similaires si une mesure modifiait les conditions de concurrence sur le marché en question *au détriment des produits importés*.⁴⁹⁴ Cependant, comme l'a fait observer l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, "l'existence d'un effet défavorable sur un produit importé donné résultant d'une mesure n'implique pas nécessairement que cette mesure accorde un traitement moins favorable aux importations si l'effet défavorable s'explique par des facteurs ou des circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*, tels que la part de marché de l'importateur en l'espèce".⁴⁹⁵ En conséquence, il ne suffit pas de constater l'existence d'une incompatibilité avec l'article III:4 sur la seule base du fait que la mesure en cause a des effets défavorables sur les conditions de concurrence dont bénéficie un produit importé. Le plaignant doit aussi montrer que ces effets défavorables sont liés à l'origine étrangère du produit en cause.

7.269 Dans l'ensemble, la jurisprudence de l'Organe d'appel concernant l'élément du traitement moins favorable prévu à l'article III:4 du GATT de 1994 fournit les indications suivantes: i) le critère relatif au traitement moins favorable est lié à l'incidence de la mesure sur le rapport de concurrence entre les groupes de produits importés et les groupes de produits nationaux similaires; ii) un traitement moins favorable existera si les mesures *modifient* ces conditions de concurrence au *détriment* du groupe des produits similaires importés; iii) un groupe spécial est tenu d'examiner si l'effet ou les effets préjudiciables peuvent s'expliquer par des facteurs ou circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*; et iv) aucune démonstration distincte du fait que les mesures sont appliquées "de manière à protéger" la production n'est requise.

Quels sont les produits à comparer

7.270 Avant d'aller plus loin, nous devons tout d'abord déterminer quels sont les *produits à comparer* aux fins de l'analyse du traitement moins favorable, c'est-à-dire quels sont les produits nationaux et quels sont les produits importés aux fins du critère relatif au traitement moins favorable.

⁴⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137.

⁴⁹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 215.

⁴⁹³ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 18, mentionnant les rapports des groupes spéciaux du GATT *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, paragraphe 5.1.9, et *Japon – Boissons alcooliques I*, paragraphe 5.5 b).

⁴⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137.

⁴⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96. (pas d'italique dans l'original)

7.271 Quand le Groupe spécial lui a posé la question, l'**Indonésie** a estimé qu'aux fins de l'analyse du "traitement moins favorable", le produit importé était uniquement les cigarettes aux clous de girofle et le ou les produits nationaux seraient uniquement tout type de cigarette que l'article 907 a) 1) A) n'interdisait pas et que le Groupe spécial jugeait "similaire" aux cigarettes aux clous de girofle (par exemple les cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac). L'Indonésie fait observer qu'elle n'a formulé aucune allégation en ce qui concerne le traitement des cigarettes aux clous de girofle par rapport à celui des cigarettes à l'arôme de "bonbon".⁴⁹⁶ Pour elle, lorsqu'on présente des arguments dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994, on peut établir l'existence d'une violation en montrant que *certain*s produits importés (c'est-à-dire ceux qui sont traités le moins favorablement) sont soumis à un traitement moins favorable que *certain*s produits nationaux similaires (c'est-à-dire ceux qui sont traités le plus favorablement). Selon l'Indonésie, en l'espèce, la comparaison pertinente consiste à déterminer si les cigarettes aux clous de girofle importées sont "similaires" à *toutes* cigarettes nationales qui n'ont *pas* été interdites, en l'occurrence les cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac. Toujours selon elle, il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial examine si les cigarettes aux clous de girofle sont traitées moins favorablement que les cigarettes nationales qui ont aussi été interdites ou que les cigarettes importées qui n'ont pas été interdites.⁴⁹⁷

7.272 Selon les **États-Unis**, le Groupe spécial devrait comparer le traitement accordé à *toutes* les cigarettes importées (dans la mesure où elles sont similaires), et pas simplement aux cigarettes aux clous de girofle, avec le traitement accordé à *toutes* les cigarettes produites dans le pays (dans la mesure où elles sont similaires). Partant de ce point de vue, les États-Unis soulignent que l'article 907 a) 1) A) s'applique aux cigarettes ayant des arômes caractérisants, tant importées que nationales, qui forment une catégorie restreinte des cigarettes en général. En outre, l'interdiction ne s'applique pas aux cigarettes ordinaires ni aux cigarettes mentholées de quelque origine qu'elles soient, y compris les cigarettes ordinaires importées d'Indonésie et les cigarettes mentholées tant importées que nationales. De l'avis des États-Unis, l'Indonésie a tort d'affirmer que l'article 907 a) 1) A) accorde un traitement moins favorable "si *une* cigarette indonésienne importée est incluse parmi les arômes caractérisants interdits et qu'*une* cigarette produite aux États-Unis ne l'est pas".⁴⁹⁸ Pour les États-Unis, l'approche relative au "meilleur traitement" préconisée par l'Indonésie est incompatible avec le texte de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Les États-Unis estiment qu'en fait, comme l'a établi l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, la comparaison pertinente se fait entre le *groupe* des produits importés "similaires" et le *groupe* des produits nationaux "similaires".⁴⁹⁹ Selon eux, l'Organe d'appel a reconnu qu'un Membre pouvait établir des distinctions entre des produits jugés "similaires" sans protéger la production nationale ni accorder un traitement moins favorable aux produits importés.⁵⁰⁰

7.273 À notre avis, la jurisprudence de l'OMC ne cautionne pas la proposition selon laquelle il est possible d'établir l'existence d'un "traitement moins favorable" simplement en montrant que *certain*s produits importés sont traités moins favorablement que *certain*s produits nationaux similaires. En fait, nous convenons avec les États-Unis qu'il s'agit là d'un "point de vue extrême que l'Organe d'appel a rejeté sans ambages" dans l'affaire *CE – Amiante*.⁵⁰¹

7.274 Nous pensons néanmoins qu'aux fins de l'analyse du "traitement moins favorable", l'Indonésie a raison de conclure que la comparaison devrait se faire entre: i) les cigarettes *aux clous de girofle* importées (par opposition à tous les types de cigarettes importées aux États-Unis en provenance de

⁴⁹⁶ Réponse de l'Indonésie à la question n° 49 du Groupe spécial, paragraphes 103 à 105.

⁴⁹⁷ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 100.

⁴⁹⁸ Deuxième communication écrite des États-Unis, section II.A.4.a, paragraphes 119 à 125. (pas d'italique dans l'original)

⁴⁹⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 119 à 123.

⁵⁰⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 204.

⁵⁰¹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 119.

tous les pays); et ii) les cigarettes produites dans le pays dont le Groupe spécial a constaté qu'elles étaient des produits "similaires", c'est-à-dire les cigarettes mentholées.

7.275 Notre raisonnement, qui est très différent de l'argument juridique avancé par l'Indonésie, est assez simple et direct. L'article 2.1 de l'*Accord OTC* appelle une comparaison des "produits importés en provenance du territoire de tout Membre" avec les "produits similaires d'origine nationale".⁵⁰² Ces dispositions font référence aux produits importés en provenance du territoire de "*tout autre Membre*", et non de "Membres" ou "d'autre Membres" plus généralement. Les produits importés en l'espèce sont les produits importés en provenance du territoire de l'*Indonésie*. Et il apparaît que les parties s'accordent à reconnaître que la grande majorité des cigarettes qui étaient importées d'Indonésie aux États-Unis étaient des cigarettes *aux clous de girofle*.⁵⁰³

7.276 À notre avis, il n'est pas vrai, comme les États-Unis le donnent à entendre, qu'"une cigarette indonésienne importée est incluse parmi les arômes caractérisants interdits et qu'une cigarette produite aux États-Unis ne l'est pas". En revanche, la grande majorité des exportations indonésiennes de cigarettes vers les États-Unis sont incluses parmi les arômes caractérisants interdits en vertu de l'article 907 a) 1) A). Nous notons que cela serait conforme aux constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*. À notre avis, la comparaison entre le groupe des produits importés similaires et le groupe des produits nationaux similaires englobe les situations dans lesquelles un traitement moins favorable est accordé à "la grande majorité des importations".

7.277 S'agissant de l'aspect national, nous rappelons que nous avons constaté que les cigarettes mentholées étaient "similaires" aux cigarettes aux clous de girofle aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, entre autres choses parce que les unes et les autres contiennent un additif leur conférant un arôme caractérisant qui les rend attrayantes pour les jeunes. Nous n'avons pas entrepris d'analyser si les cigarettes ordinaires nationales étaient "similaires" aux cigarettes aux clous de girofle importées car nous considérons que nous outrepasserions notre mandat.

7.278 Nous allons donc examiner si les États-Unis ont accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'ils accordaient aux cigarettes mentholées nationales.

Question de savoir si les produits en cause sont traités différemment

7.279 Une fois les produits à comparer identifiés, l'étape suivante devrait consister à déterminer si les produits en cause sont *traités différemment*. En l'espèce, la conclusion évidente est que le traitement ne peut pas être plus différent. Les cigarettes aux clous de girofle sont interdites, tandis que les cigarettes mentholées sont exclues du champ de l'interdiction.

7.280 Nous concluons par conséquent que les produits en cause sont traités d'une manière fondamentalement différente.

⁵⁰² Nous notons que l'article III:4 du GATT de 1994 appelle de même une comparaison des "produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante" avec les "produits similaires d'origine nationale".

⁵⁰³ En réponse à un argument de l'Indonésie selon lequel toutes les cigarettes importées aux États-Unis étaient des cigarettes aux clous de girofle en dépit du fait que la pièce US-91 montrait qu'un faible pourcentage de cigarettes autres que les cigarettes aux clous de girofle étaient importées aux États-Unis, ceux-ci précisent qu'il est improbable que les fabricants de cigarettes aux clous de girofle aient importé par erreur leurs cigarettes sous la mauvaise sous-position (celle des cigarettes autres que les cigarettes aux clous de girofle), étant donné qu'ils appliquent aux cigarettes aux clous de girofle un droit de douane inférieur à celui qu'ils appliquent à toute autre cigarette (réponse des États-Unis à la question n° 81 du Groupe spécial).

Question de savoir si le traitement différent est appliqué au détriment des produits importés

7.281 Nous rappelons que la jurisprudence de l'Organe d'appel concernant l'article III:4 du GATT de 1994 explique qu'il n'est pas suffisant de constater que le traitement est différent, mais qu'il doit être constaté que le traitement différent modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés.⁵⁰⁴ Nous convenons qu'il ne devrait pas être suffisant en soi de constater que les produits nationaux et les produits importés similaires sont traités différemment, et que cette différence de traitement doit avoir pour conséquence que les produits importés sont traités moins favorablement. En l'espèce, une conclusion est évidente: les cigarettes aux clous de girofle importées sont interdites tandis que les cigarettes mentholées nationales similaires sont autorisées à rester sur le marché.

Question de savoir si le traitement moins favorable est lié à l'origine nationale des importations

7.282 Les parties ne sont pas d'accord sur la manière d'interpréter les constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, selon lesquelles il n'y a pas de traitement moins favorable quand l'effet préjudiciable s'explique par des facteurs ou circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*. Les **États-Unis** interprètent ces constatations comme appelant à procéder à une analyse en deux étapes pour constater qu'un traitement moins favorable existe: i) il faut déterminer que le produit importé similaire et le produit national ont été *traités différemment sur la base de l'origine nationale*; et ii) il faut déterminer si cette différence de traitement accorde un traitement moins favorable au produit importé. Les États-Unis s'appuient en outre sur l'approche adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* pour étayer cette approche en deux étapes.⁵⁰⁵ Ils expliquent que dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a d'abord constaté que la mesure coréenne en cause accordait aux produits importés et aux produits nationaux un traitement différent en exigeant que ces produits soient distribués par le biais de circuits de distribution distincts. Après la constatation initiale de l'existence d'un traitement différent, l'Organe d'appel a entrepris d'examiner si ce traitement différent signifiait que les produits importés étaient traités moins favorablement sur la base de l'origine nationale du produit. Il a conclu que parce qu'elle imposait aux détaillants la "nécessité d'opérer un choix" entre la viande de bœuf nationale et la viande de bœuf importée, la mesure coréenne en elle-même limitait les possibilités de commercialisation de la viande de bœuf importée et modifiait de ce fait les conditions de concurrence au détriment de ce produit.

7.283 Pour les États-Unis, la question de savoir si une mesure accorde un traitement moins favorable est axée sur la manière dont cette mesure traite les produits importés par rapport aux produits nationaux. Les États-Unis font valoir qu'à cette fin, l'Organe d'appel a examiné si la mesure altérait les conditions de concurrence au détriment des produits importés par rapport aux produits nationaux – mais a établi clairement qu'une mesure n'altérait *pas* les conditions de concurrence au détriment des produits importés quand le détriment allégué "s'expliqu[ait] par des facteurs ou des circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*".⁵⁰⁶ Ils font valoir qu'alors qu'il n'y a pas d'approche unique ni de facteur nécessairement décisif permettant d'arriver à la conclusion juridique qu'il existe un "traitement moins favorable" – et que différents facteurs sont importants en

⁵⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137.

⁵⁰⁵ Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 249, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphes 144 à 146.

⁵⁰⁶ Les États-Unis font référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96 (pas d'italique dans l'original); au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 144; et au rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 8.118. Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 127.

fonction des faits et circonstances particuliers – le principe directeur de l'analyse est qu'une mesure ne doit pas réserver un traitement spécial aux importations sur la base de l'origine nationale de manière à protéger le produit national.⁵⁰⁷ Selon les États-Unis, quand un effet préjudiciable allégué sur un produit importé n'est pas imputable à l'origine étrangère de ce produit, mais à un autre facteur, cet effet n'est pas un élément de preuve indiquant qu'il existe un traitement moins favorable.⁵⁰⁸

7.284 Les États-Unis estiment que ce raisonnement est également valable en ce qui concerne l'article 2.1 de l'*Accord OTC* qui, à leur avis, doit être interprété de manière à autoriser les règlements techniques fondés sur des distinctions légitimes entre les produits – même quand ces distinctions peuvent avoir une incidence différente sur des produits différents. Pour eux, l'Indonésie cherche à mettre fin à tout travail d'analyse en réduisant l'analyse du "traitement moins favorable" à la question mécanique de savoir si une mesure s'applique à toute importation et pas à tout produit national similaire. De l'avis des États-Unis, cette approche est insuffisante car l'essence des obligations en matière de traitement national est la question de savoir si une mesure accorde un traitement moins favorable aux produits importés par rapport aux produits nationaux, et cette question exige un examen de tous les faits pertinents.⁵⁰⁹ Selon les États-Unis, l'analyse du "traitement moins favorable" ne consiste pas simplement à déterminer quelles cigarettes sont interdites et quelles cigarettes ne le sont pas, sans examiner aussi tous les éléments de preuve pertinents, y compris le but objectif de la mesure et la question de savoir si les effets préjudiciables allégués pour les importations dépendent de l'origine nationale de ces importations.⁵¹⁰

7.285 L'**Indonésie** désapprouve la qualification du "traitement moins favorable" donnée par les États-Unis et fait valoir qu'aucun rapport de groupe spécial ni de l'Organe d'appel n'a jamais exigé à la fois un critère relatif au "traitement moins favorable" et un deuxième critère "sur la base de l'origine nationale" au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.⁵¹¹ Selon elle, la formulation employée par les États-Unis éliminerait la notion de discrimination *de facto*.⁵¹² L'Indonésie dit estimer comme le Brésil que les États-Unis interprètent mal la décision rendue par l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* en sortant une unique phrase de son contexte factuel.⁵¹³ Elle fait valoir que, comme le Brésil l'a fait observer, dans ce différend, l'Organe d'appel n'affirmait pas de manière générale et absolue qu'une mesure était compatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 si ses effets préjudiciables étaient sans rapport avec l'origine étrangère du produit en question. Il disait simplement que les effets préjudiciables pour les produits importés n'étaient pas équivalents, *ipso facto*, à une discrimination, car d'autres caractéristiques de ces effets étaient aussi pertinentes pour évaluer si un traitement moins favorable était accordé aux produits importés.⁵¹⁴ Comme l'Indonésie et les tierces parties l'ont expliqué, les produits nationaux et les produits importés peuvent être traités différemment, mais ce traitement sera "moins favorable" s'il a pour effet de modifier les conditions de concurrence au détriment des produits importés.⁵¹⁵ L'Indonésie demande instamment au Groupe spécial de rejeter le point de vue proposé par les États-Unis, à savoir que l'article 907 a) 1) A) doit établir une discrimination "sur la base de l'origine nationale" pour donner

⁵⁰⁷ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 127.

⁵⁰⁸ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 50; réponse des États-Unis à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 49.

⁵⁰⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 128.

⁵¹⁰ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 50.

⁵¹¹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 97; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 63.

⁵¹² Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 63.

⁵¹³ Déclaration orale du Brésil, paragraphe 11.

⁵¹⁴ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 98; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 64.

⁵¹⁵ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 99; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 57.

lieu à l'octroi d'un "traitement moins favorable" aux cigarettes aux clous de girofle importées.⁵¹⁶ Selon elle, ce n'est pas à elle qu'il incombe de démontrer que les importations du même produit en provenance de pays différents ou les importations de produits différents sont traitées d'une manière moins favorable que les produits nationaux. L'Indonésie fait valoir que le Groupe spécial n'est pas saisi de la question du traitement des produits importés en provenance d'autres pays.⁵¹⁷

7.286 Nous rappelons que nous traitons d'un règlement technique, l'article 907 a) 1) A), dont le but immédiat est d'interdire les cigarettes contenant un additif qui leur confère un arôme caractérisant. La raison qui sous-tend l'article 907 a) 1) A) est la poursuite de l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme des jeunes. Nous rappelons en outre l'explication de cet article qui est donnée dans le rapport de la Chambre sur la FSPTCA⁵¹⁸, et qui est libellée comme suit: "Conformément à l'objectif général du projet de loi qui est de protéger la santé publique, y compris en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes, [l'article 907 a) 1) A)] vise à prohiber la fabrication et la vente de cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes."⁵¹⁹

7.287 C'est dans ce contexte que nous devrions examiner si les cigarettes aux clous de girofle importées sont traitées moins favorablement que les cigarettes mentholées nationales, c'est-à-dire si elles font l'objet d'une discrimination. Nous jugeons utile la définition que donne l'Organe d'appel, dans l'affaire *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, de ce qu'est une discrimination et de la manière dont celle-ci peut se manifester:

"... Considéré dans l'abstrait, le concept de discrimination peut englober aussi bien le fait d'établir des distinctions entre des situations semblables que le fait de traiter des situations dissemblables d'une manière formellement identique. L'Organe d'appel a précédemment traité le concept de discrimination et le sens de l'expression "sans ... discrimination", et a reconnu que, du moins en ce qui concerne le fait d'établir des distinctions entre des situations semblables, le sens ordinaire du mot "discrimination" peut englober à la fois le fait d'opérer des distinctions en soi, et le fait d'opérer des distinctions en s'appuyant *sur un fondement inapproprié*. Seule une interprétation complète et correcte d'une disposition énonçant une prohibition de discrimination permettra de savoir quel type de traitement différencié est prohibé. Dans tous les cas, un plaignant qui allègue l'existence d'une *discrimination* devra établir qu'un traitement différencié a eu lieu afin de pouvoir faire admettre son allégation."⁵²⁰

7.288 Le préambule de l'*Accord sur l'OMC* nous vient à l'esprit à cet égard: "*Désireuses de contribuer à la réalisation de ces objectifs par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales.*" Comme l'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*: "Étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'*Accord sur l'OMC*, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'*Accord sur l'OMC*."⁵²¹ Nous ne pensons pas que l'intention des négociateurs était d'autoriser les Membres à réglementer des produits d'une manière discriminatoire.

⁵¹⁶ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 99.

⁵¹⁷ Réponse de l'Indonésie à la question n° 95 a) du Groupe spécial.

⁵¹⁸ Voir les paragraphes 2.6 et 2.7 ci-dessus.

⁵¹⁹ Pièce US-67.

⁵²⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 87.

⁵²¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 153.

7.289 L'Accord OTC autorise les Membres à réglementer des produits afin d'atteindre un objectif légitime, en l'occurrence un objectif de santé publique qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. Les États-Unis ont dit au présent Groupe spécial qu'ils n'incluaient pas les cigarettes mentholées, dont nous avons constaté qu'elles étaient similaires aux cigarettes aux clous de girofle aux fins de l'article 2.1 de l'Accord OTC, parce qu'agir ainsi sans procéder à une évaluation plus poussée ne serait pas approprié sur le plan de la santé publique, à cause de problèmes comme l'incidence potentielle sur le système de soins de santé et l'émergence potentielle d'un marché noir et d'une contrebande de cigarettes mentholées.⁵²² Il nous apparaît que ces raisons, que les États-Unis ont présentées comme constituant en elles-mêmes un objectif légitime, se rapportent d'une façon ou d'une autre aux coûts que les États-Unis pourraient avoir à supporter s'ils devaient interdire les cigarettes mentholées. En fait, si les États-Unis n'interdisent pas les cigarettes mentholées, ce n'est pas parce qu'il ne s'agit pas d'un type de cigarette ayant un arôme caractérisant qui présente un attrait pour les jeunes⁵²³, mais plutôt à cause des coûts qu'une telle interdiction pourrait entraîner. Nous rappelons qu'au moment de l'interdiction, il n'y avait pas d'autres cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants que les cigarettes mentholées, qui représentaient approximativement 25 pour cent du marché⁵²⁴ et une très forte proportion des cigarettes fumées par les jeunes aux États-Unis.⁵²⁵ Il nous semble qu'une interdiction des cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que le menthol a pour effet d'imposer des coûts aux producteurs des autres Membres, notamment aux producteurs d'Indonésie, sans imposer parallèlement de coûts à quelque entité des États-Unis que ce soit.

⁵²² Les États-Unis renvoient le Groupe spécial aux conclusions suivantes de la FDA:

"Le retrait soudain du marché de produits dont tant de millions de personnes sont dépendants serait dangereux. Premièrement, cela pourrait exposer nombre de ces personnes à de graves risques sanitaires. Deuxièmement, il est possible que notre système de soins de santé soit submergé par les demandes de traitement que feraient ces personnes et il est peu probable que les produits pharmaceutiques disponibles puissent traiter avec succès les symptômes de sevrage de nombreux consommateurs de tabac. Troisièmement, l'agence croit aussi qu'étant donné la force de la dépendance et la difficulté que présente par conséquent l'abandon de l'usage du tabac, un marché noir et une contrebande se mettraient en place afin de fournir ces produits aux fumeurs. Il semble également probable que des produits provenant du marché noir seraient encore plus dangereux que les produits commercialisés actuellement, car ils pourraient contenir des niveaux encore plus élevés de goudron, de nicotine et d'additifs toxiques."

Regulations Restricting the Sale and Distribution of Cigarettes and Smokeless Tobacco to Protect Children and Adolescents, 61 Fed. Reg., page 44413 (pièce US-25). Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 22. Voir aussi les paragraphes 23 à 25; la réponse des États-Unis aux questions n° 40, 89 et 100 du Groupe spécial.

⁵²³ Voir les paragraphes 7.200 à 7.232 ci-dessus.

⁵²⁴ Les États-Unis font valoir qu'il y a des éléments de preuve montrant que des cigarettes ayant des arômes caractérisants produites aux États-Unis étaient sur le marché en 2008 et 2009 (deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 132). À cet égard, ils mettent en avant les pièces US-52 et US-62. À notre avis, aucune des pièces présentées ne démontre que des cigarettes aromatisées produites aux États-Unis étaient vendues sur le marché au moment de l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A). La pièce US-52 ne contient que les "marques connues de cigarettes éventuellement "aromatisées" vendues aux États-Unis" en 2008. Par conséquent, elle ne donne pas d'informations sur les marques de cigarettes présentes sur le marché des États-Unis au moment de l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A). La pièce US-62 dresse la liste des marques de cigarettes aromatisées homologuées en tant que cigarettes "à inflammabilité réduite" dans les États de New York et du Maine en 2009. Bien qu'elle couvre une période allant jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), cette pièce ne démontre pas quels étaient les marques et types de cigarettes effectivement vendus sur le marché des États-Unis à cette date. Au lieu de cela, elle dresse simplement la liste des marques de cigarettes homologuées en tant que cigarettes "à inflammabilité réduite". Nous nous en tenons par conséquent à notre conclusion.

⁵²⁵ Selon les États-Unis, "environ 31 pour cent des jeunes fumeurs fument des cigarettes mentholées, bien que ce nombre puisse être plus élevé" (première communication écrite des États-Unis, paragraphe 33). Selon l'Indonésie, les cigarettes mentholées représentent approximativement 43 pour cent des cigarettes consommées par les adolescents (première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 2, 7, 40 et 93).

7.290 Nous ne disons pas que les États-Unis ne sont pas autorisés à adopter des mesures comme l'article 907 a) 1) A) afin de réglementer les produits pour des raisons de santé publique; au contraire, cela est permis sous réserve que la mesure respecte les limites fixées à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, comme le fait de ne pas être une mesure plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime. Nous disons que s'ils choisissent d'agir ainsi, les États-Unis ne doivent pas accorder aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'ils accordent aux cigarettes mentholées nationales similaires afin d'éviter des coûts potentiels. En l'espèce, les États-Unis ont adopté un règlement technique afin d'atteindre l'objectif légitime qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes, mais ils ont en même temps limité le nombre des produits visés par ce règlement technique afin de réduire au minimum, voire d'éliminer, les coûts potentiels que cela pouvait leur occasionner, tout en faisant supporter des coûts aux producteurs de produits similaires d'autres Membres.

7.291 L'objet et le but de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* sont de prohiber la discrimination entre produits importés et produits nationaux similaires en ce qui concerne les règlements techniques. À notre avis, ce but ne pourrait pas être atteint si les Membres étaient autorisés à exclure leurs produits nationaux de l'application de ces mêmes règlements techniques afin d'éviter les coûts potentiels que cela pourrait autrement leur occasionner.

v) *Conclusion relative au traitement moins favorable*

7.292 Nous concluons par conséquent qu'en interdisant les cigarettes aux clous de girofle tout en exemptant les cigarettes mentholées de l'interdiction, l'article 907 a) 1) A) accorde effectivement aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux cigarettes mentholées nationales, aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

e) *Conclusion générale relative à l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC*

7.293 Ayant conclu: i) que l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique selon la définition donnée à l'annexe 1.1 de l'*Accord OTC*; ii) que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*; et iii) qu'en interdisant les cigarettes aux clous de girofle tout en excluant les cigarettes mentholées de l'interdiction, l'article 907 a) 1) A) accorde effectivement aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux cigarettes mentholées nationales, aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, nous constatons que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

7.294 Ayant constaté que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, nous n'examinerons donc pas l'allégation subsidiaire formulée par l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

E. QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST JUSTIFIÉ AU REGARD DE L'ARTICLE XX B) DU GATT DE 1994

1. Arguments des parties

7.295 Les États-Unis estiment que l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.⁵²⁶

⁵²⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 311 à 342.

7.296 Les États-Unis estiment que l'Indonésie n'a pas établi que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994. Toutefois, ils considèrent que "si le Groupe spécial devait aborder la question des exceptions prévues par le GATT", l'application de l'article 907 a) 1) A) serait justifiée au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.⁵²⁷ Les États-Unis précisent qu'ils n'invoquent pas l'article XX du GATT comme moyen de défense concernant les allégations formulées par l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC*⁵²⁸ et que le Groupe spécial n'a donc pas à formuler de constatation concernant la possibilité de recourir à l'article XX pour justifier la violation d'une disposition de l'*Accord OTC*.⁵²⁹

7.297 Les États-Unis estiment que l'article 907 a) 1) A) entre dans le champ de l'article XX b).⁵³⁰ Selon eux, l'article 907 a) 1) A) a été adopté pour protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme et il était nécessaire pour faire en sorte que des produits qui sont essentiellement consommés par les jeunes en tant que produits "pour débutants" et entraînent des années de dépendance, des problèmes de santé et peut-être la mort, ne puissent pas être vendus aux États-Unis.⁵³¹ Les États-Unis rappellent que, lorsqu'ils ont été confrontés à la question de savoir si une mesure était "nécessaire", d'autres groupes spéciaux ont engagé "un processus consistant à soupeser et mettre en balance une série de facteurs". Dans la présente affaire, tous les facteurs militent en faveur d'une détermination selon laquelle l'article 907 a) 1) A) est nécessaire. Premièrement, "l'intérêt en jeu est d'une importance fondamentale".⁵³² Deuxièmement, l'article 907 a) 1) A) "contribue directement" à la protection de la santé et de la vie des personnes et il existe une "véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui est de la fin et des moyens".⁵³³ Troisièmement, le contexte dans lequel l'article 907 a) 1) A) a été adopté – à savoir une proportion de jeunes fumeurs tellement élevée et inacceptable que des restrictions sévères étaient requises – est pertinent pour évaluer le "caractère restrictif pour le commerce" de la mesure, qui, dans les circonstances considérées, est limité.⁵³⁴

7.298 Les États-Unis estiment que l'article 907 a) 1) A) satisfait aussi aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.⁵³⁵ Premièrement, ils font valoir qu'il n'y a "absolument aucun traitement différencié" et que, par conséquent, il ne peut pas y avoir de "discrimination", arbitraire, injustifiée ou autre.⁵³⁶ Toutefois, même s'il était constaté que l'article 907 a) 1) A) "établissait une discrimination", ce comportement ne pourrait pas être considéré comme "arbitraire" ou "injustifié".⁵³⁷ Enfin, les éléments de preuve démontrent que l'article 907 a) 1) A) n'est pas une "restriction déguisée" au commerce.⁵³⁸

⁵²⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 311; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 72.

⁵²⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 159.

⁵²⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 79 du Groupe spécial, paragraphe 160.

⁵³⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 315 à 329; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 73 à 77.

⁵³¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 315 à 318 et 322; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 73 et 74.

⁵³² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 324; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 76.

⁵³³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 325 et 326; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 76.

⁵³⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 327 à 329.

⁵³⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 330 à 342.

⁵³⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 334; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

⁵³⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 335 à 337; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

⁵³⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 338 à 341; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 80.

7.299 L'Indonésie fait valoir que l'article XX du GATT de 1994 "ne légitime pas" la mesure en cause puisque celle-ci "constitue une restriction au commerce international, présentée sous le couvert d'une mesure nécessaire pour protéger la santé des personnes".⁵³⁹ L'Indonésie estime en outre que l'article XX b) du GATT de 1994 ne peut pas être invoqué pour des violations de l'*Accord OTC*.⁵⁴⁰

7.300 L'Indonésie estime qu'elle a déjà démontré, dans le contexte de son analyse de la mesure au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*: a) que la mesure n'était pas "nécessaire" pour assurer le niveau de protection recherché par la FSPTCA⁵⁴¹; et b) que les États-Unis pouvaient raisonnablement appliquer des mesures moins restrictives pour le commerce.⁵⁴²

7.301 L'Indonésie estime que, même si la mesure est d'une façon ou d'une autre "nécessaire" pour protéger les jeunes du tabagisme, elle constitue néanmoins une "restriction déguisée" au commerce international au sens du texte introductif de l'article XX.⁵⁴³ Selon l'Indonésie, en effet, en "concevant l'interdiction des "arômes caractérisants" de façon telle que quasiment aucune cigarette produite dans le pays, y compris celles qui étaient les plus populaires auprès des jeunes, n'était retirée du marché, les États-Unis ont pu créer l'*apparence* d'une action énergique de lutte contre le tabagisme chez les jeunes, sans causer en fait le moindre préjudice réel aux sociétés productrices de tabac des États-Unis, ni supprimer des cigarettes produites dans le pays qui étaient populaires auprès des jeunes".⁵⁴⁴

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.302 Les arguments des parties soulèvent deux grandes questions. La première consiste à savoir si le Groupe spécial doit déterminer si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. Dans l'affirmative, la deuxième question consiste à savoir si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.

7.303 Nous commencerons notre analyse par l'énoncé du texte de l'article XX b) du GATT de 1994. Nous examinerons ensuite la question de savoir si nous devons déterminer si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. Selon notre conclusion, nous poursuivrons ou non notre analyse du moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX b) du GATT de 1994.

b) Disposition juridique en cause

7.304 L'article XX du GATT de 1994 s'intitule "Exceptions générales". Avec son texte introductif, l'article XX b) est libellé comme suit:

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

...

⁵³⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 114 à 127.

⁵⁴⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 79 du Groupe spécial, paragraphes 156 et 157.

⁵⁴¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 120.

⁵⁴² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 126.

⁵⁴³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 121.

⁵⁴⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 125 (italique dans l'original).

- b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;"
- c) Question de savoir si le Groupe spécial doit déterminer si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994

7.305 Comme nous l'avons expliqué plus haut, la première question qu'il nous faut examiner est celle de savoir si nous devons déterminer si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.

7.306 Nous rappelons que le Groupe spécial a constaté que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Plus précisément, nous avons constaté que l'article 907 a) 1) A) accordait aux cigarettes aux clous de girofle (produit importé d'Indonésie) un traitement moins favorable que celui qui était accordé à un produit similaire d'origine nationale (c'est-à-dire les cigarettes mentholées).⁵⁴⁵

7.307 Nous rappelons aussi qu'étant parvenus à cette conclusion, nous avons décidé de ne pas examiner l'allégation subsidiaire formulée par l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994⁵⁴⁶ et que nous n'avons donc formulé aucune constatation de violation concernant cette disposition. Il s'ensuit que le Groupe spécial n'a pas besoin d'examiner la question de savoir si une violation de cette disposition pourrait être justifiée au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. Ainsi, compte tenu de notre décision de ne pas examiner l'allégation de violation de l'article III:4 du GATT de 1994 formulée par l'Indonésie, nous nous abstenons d'examiner le moyen de défense invoqué par les États-Unis, au titre de l'article XX b) du GATT de 1994, concernant la violation alléguée de l'article III:4 du GATT de 1994.⁵⁴⁷

7.308 En ce qui concerne la violation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, les États-Unis ont clairement indiqué qu'ils "n'invoquaient pas l'article XX du GATT de 1994 comme moyen de défense pour les allégations formulées par l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC*".⁵⁴⁸ Dans les circonstances présentes, nous croyons comprendre que les États-Unis sont d'avis que le Groupe spécial n'a pas à formuler de constatation concernant la possibilité de recourir à l'article XX pour justifier la violation d'une disposition de l'*Accord OTC*.⁵⁴⁹

7.309 Notre tâche consiste à procéder à une évaluation objective de la question dont nous sommes saisis.⁵⁵⁰ Il ne nous appartient pas d'étendre le champ de la question au-delà de celui qui nous a été présenté par les parties. Par conséquent, nous ne procéderons pas à un examen de l'article XX b) du GATT de 1994.

d) Conclusion

7.310 Pour ces raisons, le Groupe spécial conclut qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. Le Groupe spécial s'abstient donc de le faire.

⁵⁴⁵ Voir la section VII.D.2 e) ci-dessus.

⁵⁴⁶ Voir la section VII.D.2 e) ci-dessus.

⁵⁴⁷ Nous notons que, dans des affaires antérieures, les groupes spéciaux n'ont examiné la question de savoir si une mesure était justifiée au titre de l'une des exceptions générales de l'article XX qu'après avoir reconnu le bien-fondé d'une ou de plusieurs allégations de violation concernant lesquelles ce moyen de défense au titre de l'article XX était invoqué.

⁵⁴⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 159.

⁵⁴⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 79 du Groupe spécial, paragraphe 160.

⁵⁵⁰ Article 11 du Mémorandum d'accord.

F. QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

1. Arguments des parties

7.311 L'Indonésie allègue que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC parce qu'il est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre l'objectif et le niveau de protection recherchés par les États-Unis, et qu'il est donc un obstacle non nécessaire au commerce.⁵⁵¹

7.312 L'Indonésie affirme que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est de réduire le tabagisme chez les jeunes. Elle s'appuie sur une déclaration figurant dans le rapport de la Chambre selon laquelle l'article 907 a) 1) A) "vise à prohiber la fabrication et la vente de cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes".⁵⁵² L'Indonésie estime que les "jeunes" en question sont les mineurs (c'est-à-dire les personnes de moins de 18 ans), et non, comme les États-Unis le font valoir, les mineurs et aussi les jeunes adultes.⁵⁵³ L'Indonésie s'élève également contre la tentative des États-Unis de traiter la justification alléguée pour l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction comme un deuxième "objectif" de l'article 907 a) 1) A).⁵⁵⁴ Toutefois, elle fait valoir que, indépendamment de la question de savoir si le Groupe spécial accepte sa formulation de l'objectif ou celle des États-Unis, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est quand même plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif parce que les deux parties incluent "la réduction du tabagisme chez les jeunes" dans leurs objectifs et que c'est là que le moyen de défense des États-Unis tombe.⁵⁵⁵

7.313 L'Indonésie laisse entendre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'a pas d'objectif "légitime", faisant valoir que c'est une "restriction déguisée" au commerce international et un "loup déguisé en agneau sous le couvert" de la santé publique.⁵⁵⁶ Elle précise que même si l'objectif de l'article 907 a) 1) A), "tel qu'il est indiqué" dans la FSPTCA et le rapport de la Chambre (à savoir la réduction du tabagisme chez les jeunes), est un objectif "légitime" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la "mesure elle-même" est une restriction déguisée au commerce international.⁵⁵⁷ Plus spécifiquement, l'Indonésie affirme que les États-Unis n'ont pas inclus les cigarettes mentholées dans l'article 907 a) 1) A) parce que Philip Morris s'y est opposée, que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction a résulté d'un compromis politique, et que la véritable préoccupation était de parvenir à un accord sur la FSPTCA par le biais du Congrès des États-Unis tout

⁵⁵¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 73.

⁵⁵² Réponse de l'Indonésie à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphes 127 et 128; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 112.

⁵⁵³ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 114; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 75; observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 101 du Groupe spécial, paragraphes 52 à 54.

⁵⁵⁴ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 113; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 74. L'Indonésie fait référence à la déclaration des États-Unis selon laquelle le deuxième objectif serait "d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants, à cause des conséquences potentielles mais inconnues pour la santé des utilisateurs individuels ou de l'ensemble de la population". Réponse des États-Unis aux questions n° 60, 100 du Groupe spécial.

⁵⁵⁵ Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 81.

⁵⁵⁶ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial.

⁵⁵⁷ Réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 34.

en évitant les pertes d'emplois potentielles aux États-Unis qu'entraînerait l'interdiction des cigarettes mentholées.⁵⁵⁸

7.314 L'Indonésie estime que, afin d'analyser si la mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif, le Groupe spécial devrait être guidé par la jurisprudence existante relative à l'article XX b) du GATT de 1994.⁵⁵⁹ L'Indonésie note que toutes les tierces parties qui ont mentionné l'article 2.2 de l'*Accord OTC* dans leurs communications et déclarations au Groupe spécial ont souscrit à la conclusion de l'Indonésie sur ce point.⁵⁶⁰ Selon elle, les États-Unis surestiment l'importance des différences contextuelles entre l'article 2.2 et l'article XX b) et ne donnent aucune raison convaincante pour expliquer pourquoi le Groupe spécial ne devrait pas considérer les interprétations de l'article XX b) dans son analyse de l'article 2.2.⁵⁶¹ L'Indonésie ne partage pas le point de vue des États-Unis selon lequel l'article 2.2 devrait être interprété de façon à incorporer le libellé "sensiblement moins restrictif pour le commerce" de la note de bas de page 3 relative à l'article 5:6 de l'*Accord SPS*.⁵⁶² Toutefois, l'Indonésie estime que l'application de cette norme n'aurait probablement pas de conséquences pratiques en l'espèce parce que toutes les mesures de rechange qu'elle indique seraient "sensiblement" moins restrictives pour le commerce que la mesure appliquée par les États-Unis.⁵⁶³

7.315 L'Indonésie fait valoir en outre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" parce qu'elle "dépasse largement le niveau de protection recherché" par les États-Unis.⁵⁶⁴ L'Indonésie affirme que le niveau de protection recherché par les États-Unis par le biais de la FSPTCA n'est "pas une réduction radicale du nombre de jeunes qui fument", mais plutôt "une réglementation suffisante pour dissuader les adolescents, mais non leur interdire, de faire l'usage de produits du tabac".⁵⁶⁵ Elle estime qu'une interdiction "est l'instrument réglementaire disponible le plus restrictif pour le commerce et peut, dans certaines circonstances, être la seule option pour atteindre un objectif sanitaire, par exemple lorsque le niveau de protection requis est l'*élimination* du risque".⁵⁶⁶ L'Indonésie fait un raisonnement selon lequel, bien que la FSPTCA n'indique pas le niveau de protection recherché, le niveau de protection souhaité qui ressort des dispositions de cette loi est très inférieur au niveau élevé allégué par les États-Unis.⁵⁶⁷

7.316 L'Indonésie fait valoir également que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" parce qu'elle n'apporte pas une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes.⁵⁶⁸ L'Indonésie estime que la question que le Groupe spécial doit examiner est "celle de savoir si interdire les cigarettes aux clous de girofle, mais pas les cigarettes mentholées ou ordinaires, contribue à

⁵⁵⁸ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 118; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 37; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

⁵⁵⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 75 à 77.

⁵⁶⁰ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.

⁵⁶¹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 109 à 111; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 71.

⁵⁶² Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 155; réponse de l'Indonésie à la question n° 56 du Groupe spécial, paragraphe 116; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 108, 110, 135; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 69.

⁵⁶³ Réponse de l'Indonésie à la question n° 57 du Groupe spécial, paragraphe 117.

⁵⁶⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 85.

⁵⁶⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 84.

⁵⁶⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 85 (italique dans l'original).

⁵⁶⁷ Réponse de l'Indonésie à la question n° 58 c) du Groupe spécial, paragraphe 123; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 124.

⁵⁶⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 86 à 103.

réduire le niveau de tabagisme chez les adolescents".⁵⁶⁹ Elle fait observer que "dans une large mesure, la réponse à cette question dépend du point de savoir si les cigarettes aux clous de girofle sont davantage similaires aux cigarettes fumées par les adultes, qui sont exclues de l'interdiction, ou davantage similaires à celles aux arômes de "bonbon" qui sont conçues et commercialisées pour inciter les enfants à fumer".⁵⁷⁰ L'Indonésie fait valoir ensuite que: i) les cigarettes aux clous de girofle ne présentent pas de plus grand risque pour la santé que les autres cigarettes⁵⁷¹; ii) les jeunes ne fument pas de cigarettes aux clous de girofle en nombre important⁵⁷²; iii) d'autres produits du tabac aromatisés populaires auprès des jeunes ne sont pas interdits par la FSPTCA⁵⁷³; et iv) les preuves scientifiques disponibles montrent qu'interdire les cigarettes aux clous de girofle, mais pas les cigarettes mentholées ou ordinaires, ne contribuera guère à dissuader les jeunes de fumer.⁵⁷⁴ L'Indonésie conclut que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle "n'aura probablement pas la moindre incidence sur le tabagisme chez les jeunes" et ne permet même pas d'atteindre le niveau minimum qui consiste à "apporter une contribution" à la réalisation de l'objectif de la FSPTCA.⁵⁷⁵ L'Indonésie souligne que "pour examiner la question de la nécessité de la mesure, le Groupe spécial devrait considérer quelle contribution l'article 907 a) 1) A) pourrait éventuellement apporter à la réduction du tabagisme chez les jeunes lorsque les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires ne sont pas interdites".⁵⁷⁶ L'Indonésie insiste sur le fait qu'en ne prohibant qu'une "infime partie" des cigarettes fumées par les jeunes, la mesure ne peut pas apporter de "contribution importante" à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes et est par conséquent plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser cet objectif.⁵⁷⁷

7.317 L'Indonésie estime qu'il n'est pas nécessaire de prouver qu'une mesure de rechange à l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était raisonnablement applicable, étant donné que l'interdiction ne réalise pas véritablement son objectif.⁵⁷⁸ Toutefois, l'Indonésie fait valoir que même si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une sorte de contribution à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes, elle ne peut quand même pas être considérée comme "nécessaire" parce que des mesures moins restrictives pour le commerce étaient raisonnablement applicables pour limiter la disponibilité des cigarettes aux clous de girofle auprès des jeunes.⁵⁷⁹ À cet égard, l'Indonésie passe en revue: i) les autres dispositions de la FSPTCA applicables aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires, qui visent à réduire la capacité des cigarettiers de se livrer à des pratiques qui ciblent et attirent les jeunes⁵⁸⁰; ii) les mesures que la FSPTCA empêche expressément la FDA de prendre (par exemple, relever l'âge pour fumer), qui réduiraient sensiblement le tabagisme chez les jeunes et ne seraient pas particulièrement restrictives pour le commerce⁵⁸¹; iii) certaines mesures non restrictives pour le commerce qui figurent dans l'Accord d'expédient de 2006 conclu entre R. J. Reynolds et les *attorneys general* de plusieurs États, concernant de nouveaux produits qui, selon les allégations des défenseurs de la santé, étaient conçus

⁵⁶⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 89.

⁵⁷⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 89.

⁵⁷¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90 et 91.

⁵⁷² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 92 à 96.

⁵⁷³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 97 et 98.

⁵⁷⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 99 à 102.

⁵⁷⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 103.

⁵⁷⁶ Réponse de l'Indonésie à la question n° 54 du Groupe spécial, paragraphe 45.

⁵⁷⁷ Réponse de l'Indonésie à la question n° 2 du Groupe spécial, paragraphe 6; réponse de l'Indonésie à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 124; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 2 et 125.

⁵⁷⁸ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 158 à 162; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 84.

⁵⁷⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 104 à 111.

⁵⁸⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

⁵⁸¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.

et commercialisés pour attirer chez les jeunes⁵⁸²; iv) les mesures non restrictives pour le commerce adoptées par certains autres pays, y compris l'Australie et Singapour, afin de remédier au tabagisme chez les jeunes⁵⁸³; et v) diverses mesures énoncées dans la *Convention-cadre pour la lutte antitabac* de l'OMS qui visent à empêcher la vente de cigarettes aux mineurs.⁵⁸⁴ Dans sa deuxième communication écrite, l'Indonésie estime qu'elle n'est pas tenue de montrer que les mesures de rechange proposées sont "sensiblement" moins restrictives pour le commerce, puisque les États-Unis reprennent indûment ce terme de la note de bas de page 3 relative à l'article 5:6 de l'*Accord SPS*.⁵⁸⁵

7.318 Les **États-Unis** estiment que l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* devrait être rejetée.

7.319 S'agissant de l'objectif poursuivi par l'article 907 a) 1) A), les États-Unis estiment que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle et de certaines autres cigarettes aromatisées "vise à réaliser l'objectif consistant à réduire la proportion des jeunes qui deviennent des fumeurs en éliminant du marché certains produits qui présentent pour eux un attrait particulier".⁵⁸⁶ Les États-Unis rejettent l'affirmation de l'Indonésie selon laquelle l'objectif de l'interdiction est de réduire la prévalence du tabagisme uniquement chez les jeunes de 17 ans ou moins, et ils affirment en revanche que l'objectif est de réduire le tabagisme de toutes les personnes "en période d'orientation" (c'est-à-dire les personnes âgées de 12 à 26 ans).⁵⁸⁷ En outre, les États-Unis soulignent que l'article 907 a) 1) A) a un deuxième objectif, qui est d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants à cause des conséquences potentielles mais inconnues pour la santé des utilisateurs individuels ou de l'ensemble de la population.⁵⁸⁸ Selon les États-Unis, "l'Indonésie qualifie à maintes reprises l'objectif de l'article 907 a) 1) A) de manière erronée comme étant la "réduction du tabagisme chez les jeunes", et cela constitue une "simplification abusive flagrante de l'objectif de l'article 907 a) 1) A)".⁵⁸⁹ Selon eux, l'incidence pratique du fait de définir l'objectif simplement en termes de "réduction du tabagisme chez les jeunes", sans tenir compte d'éventuelles conséquences négatives, est que "cette limitation peut se solder par un ensemble différent de mesures de rechange avec lesquelles la mesure contestée est comparée".⁵⁹⁰

7.320 Les États-Unis contestent que la mesure soit une "restriction déguisée" au commerce international.⁵⁹¹ Selon eux, rien dans le texte, la conception, les principes de base ou la structure révélatrice de l'article 907 a) 1) A) n'étaye l'allégation de l'Indonésie selon laquelle la mesure n'a pas interdit les cigarettes mentholées pour la simple raison qu'une société particulière des États-Unis s'y est opposée. L'historique complet de l'élaboration de la FSPTCA ne fournit aucune justification à

⁵⁸² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 108.

⁵⁸³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁵⁸⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.

⁵⁸⁵ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 135.

⁵⁸⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 229.

⁵⁸⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 12 b) du Groupe spécial, paragraphe 16; réponse des États-Unis aux questions n° 100 et 101 du Groupe spécial, paragraphes 62 et 71 à 77.

⁵⁸⁸ Le Groupe spécial note que les États-Unis ont fait valoir que leur position selon laquelle l'objectif de l'article 907 a) 1) A) incluait la considération des conséquences négatives pour la santé publique était étayée par le texte dudit article lui-même ainsi que par d'autres dispositions de l'article 907, y compris l'article 907 b) 2). Comme les États-Unis l'ont indiqué, l'article 907 b) 2) exige que la FDA examine les conséquences négatives de toute nouvelle norme proposée concernant les produits du tabac, ou de toute proposition de révision ou d'abrogation d'une norme existante, avant d'approuver, de réviser ou d'abroger une telle norme. Réponse des États-Unis aux questions n° 60, 100 du Groupe spécial.

⁵⁸⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 153.

⁵⁹⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 100 du Groupe spécial, paragraphe 63.

⁵⁹¹ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 75; observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial.

L'Indonésie, et son élément de preuve concernant ce point – un article de presse – cite simplement un responsable politique spéculant son point de vue personnel sur la législation.

7.321 S'agissant de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire", les États-Unis estiment que la jurisprudence relative à l'article XX b) du GATT de 1994 n'est pas pertinente pour l'article 2.2 de l'*Accord OTC* et qualifient le point de vue opposé d'"approche radicale".⁵⁹² À leur avis, le Groupe spécial devrait par contre appliquer le critère figurant à l'article 5:6 et dans la note de bas de page 3 de l'*Accord SPS* et demander à l'Indonésie de démontrer: i) qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable; ii) qui réalise l'objectif de la mesure au niveau considéré comme approprié par le Membre imposant cette mesure; et iii) qui est "sensiblement" moins restrictive pour le commerce.⁵⁹³ Toutefois, en réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis reconnaissent qu'"il apparaîtrait que" la question de savoir si l'article 2.2 contient un critère "sensiblement moins restrictif pour le commerce" "ne se pose pas dans le présent différend".⁵⁹⁴

7.322 Les États-Unis contestent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse largement le niveau de protection qu'ils recherchent. Ils reconnaissent que si la mesure en cause "va au-delà du niveau de protection choisi", une mesure moins restrictive pour le commerce peut de la même manière répondre à l'objectif légitime du Membre.⁵⁹⁵ Cependant, l'interprétation que fait l'Indonésie du niveau de protection recherché par les États-Unis est erronée.⁵⁹⁶ Eu égard aux efforts longs et décevants du gouvernement des États-Unis pour essayer de limiter le tabagisme chez les jeunes, le niveau de protection "élevé" recherché par les États-Unis est attesté par la mesure appliquée – une interdiction complète.⁵⁹⁷ Le niveau auquel les États-Unis jugent approprié de protéger la santé publique consiste à éliminer du marché les produits dont les jeunes font un usage disproportionné, et non simplement de restreindre l'accès de ces produits.⁵⁹⁸

7.323 Les États-Unis estiment que l'argument de l'Indonésie concernant l'existence d'une "contribution importante" à la réalisation de l'objectif est dénué de fondement.⁵⁹⁹ Ils considèrent que même si cette question est juridiquement dénuée de pertinence pour l'analyse au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*⁶⁰⁰, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte en fait une contribution importante à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes.⁶⁰¹ La

⁵⁹² Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 310.

⁵⁹³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 262 à 265.

⁵⁹⁴ Les États-Unis croient comprendre que la partie plaignante n'établit pas l'existence d'une infraction à l'article 2.2 en prouvant qu'il existe une mesure de rechange réalisant l'objectif légitime du Membre importateur au niveau que le Membre considère approprié qui est moins restrictive pour le commerce, mais seulement d'un montant *de minimis*. Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 263 (citant la lettre adressée par M. Peter D. Sutherland, Directeur général du GATT, à M. l'Ambassadeur John Schmidt, négociateur principal des États-Unis (15 décembre 1993), pièce US-79). Toutefois, étant donné que toutes les mesures de rechange proposées par l'Indonésie n'interdisent pas le commerce des cigarettes aromatisées, les États-Unis estiment qu'"il apparaîtrait que" la question de savoir si l'article 2.2 contient un critère "sensiblement moins restrictif pour le commerce" "ne se pose pas dans le présent différend". Réponse des États-Unis à la question n° 57 du Groupe spécial, paragraphe 130.

⁵⁹⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 134.

⁵⁹⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 255 à 257.

⁵⁹⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 227.

⁵⁹⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 135; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 147.

⁵⁹⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 156 à 163.

⁶⁰⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 103 a) du Groupe spécial. Toutefois, les États-Unis reconnaissent que "[m]ême si l'article 2.2 n'exige pas que la mesure réalise son objectif, il est difficile de croire qu'une mesure qui ne réalise pas son objectif complètement – c'est-à-dire une mesure qui n'apporte même pas une contribution marginale à la réalisation de son objectif – pourrait être jugée compatible avec l'article 2.2".

⁶⁰¹ Réponse des États-Unis à la question n° 103 b) du Groupe spécial.

question de savoir si la mesure contestée apporte une contribution importante devrait être tranchée eu égard aux propres modalités de la mesure, et non par comparaison avec des mesures de rechange.⁶⁰² L'OMS a confirmé le point de vue selon lequel les cigarettes aux clous de girofle présentent un attrait disproportionné pour les jeunes et posent donc le même problème de santé publique que les autres cigarettes interdites par l'article 907 a) 1) A), et selon lequel les données tirées d'enquêtes sur l'usage effectif des cigarettes aux clous de girofle par les jeunes confirment qu'en fait, les jeunes en période d'initiation font un usage disproportionné des cigarettes aux clous de girofle ainsi que de cigarettes ayant d'autres arômes caractérisants tels que le chocolat, la cerise, la noix de coco, etc.⁶⁰³ En outre, le fait qu'un produit "d'apprentissage" particulier, tel que les cigarettes aux clous de girofle, ne représente pas une importante part de marché ne modifie pas ce calcul; les produits qui présentent un attrait disproportionné pour les jeunes posent des problèmes de santé publique particuliers, indépendamment de leur part de marché, et l'élimination d'un produit apportera une contribution importante à la réduction du tabagisme chez les jeunes.⁶⁰⁴ On pourrait partir du principe que les États-Unis auraient pu concevoir une mesure visant à éliminer ou réduire le tabagisme chez les jeunes davantage que ne le fait l'article 907 a) 1) A), mais aucune disposition de l'*Accord OTC* n'exige que les Membres cherchent à réaliser leurs objectifs légitimes dans toute la mesure du possible ou à un niveau particulier.⁶⁰⁵ Les États-Unis affirment que les cigarettes aux clous de girofle incitent en fait les jeunes à fumer.⁶⁰⁶ Selon eux, les éléments de preuve montrent que les cigarettes aux clous de girofle, comme les cigarettes aromatisées au chocolat, à la vanille et à des arômes similaires, sont essentiellement choisies par les adolescents et les jeunes adultes plutôt que par les adultes.⁶⁰⁷

7.324 S'agissant de l'existence de mesures moins restrictives pour le commerce, les États-Unis estiment que la simple énumération d'un certain nombre de restrictions différentes tirées d'autres parties de la FSPTCA, de l'Accord d'expédient de 2006 avec R. J. Reynolds, des législations de Singapour et de l'Australie et de la FCTC ne permet pas à l'Indonésie de s'acquitter de la charge qui lui incombe de prouver qu'il existe une mesure moins restrictive pour le commerce qui réaliserait leur objectif au niveau de protection qu'ils jugent approprié.⁶⁰⁸ Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis affirment que l'Indonésie continue de faire vaguement référence à des douzaines de mesures différentes qui s'appliquent à toutes les cigarettes, telles que des restrictions concernant la publicité. L'Indonésie ne fournit aucun élément de preuve indiquant que l'une quelconque de ces mesures réalise l'objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent comme approprié. Elle ne s'est donc pas acquittée de la charge qui lui incombait d'établir *prima facie* que l'article 907 a) 1) A) était plus restrictif pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser leur objectif.⁶⁰⁹ En outre, les mesures de rechange indiquées par l'Indonésie ne réaliseraient pas en fait les objectifs de l'article 907 a) 1) A) au niveau que les États-Unis considèrent comme approprié: ces mesures de rechange continueraient toutes de permettre aux cigarettes d'apprentissage ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc., de rester sur le marché. Les États-Unis estiment qu'ils imposent déjà des restrictions importantes concernant la publicité, la commercialisation et la

⁶⁰² Réponse des États-Unis à la question n° 103 b) du Groupe spécial, paragraphes 82 à 84.

⁶⁰³ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 46 à 49; réponse des États-Unis à la question n° 103 b) du Groupe spécial, paragraphe 85.

⁶⁰⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 103 b) du Groupe spécial, paragraphe 86.

⁶⁰⁵ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 161.

⁶⁰⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 245.

⁶⁰⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 249.

⁶⁰⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 270.

⁶⁰⁹ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 164.

vente de cigarettes⁶¹⁰, et qu'un grand nombre des mesures de rechange potentielles proposées par l'Indonésie sont déjà en place sur leur territoire.⁶¹¹

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.325 La question fondamentale dont nous sommes saisis est celle de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par les États-Unis⁶¹² est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, en violation de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

7.326 Il existe plusieurs points de désaccord entre les parties en ce qui concerne cette allégation. Les principaux points de désaccord entre les parties sont les suivants. Premièrement, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'Indonésie a indiqué correctement l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Deuxièmement, il apparaît que les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'objectif poursuivi par les États-Unis par le biais de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est légitime. Troisièmement, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si la jurisprudence relative à l'article XX b) du GATT de 1994 est pertinente pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" figurant à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Quatrièmement, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse le niveau de protection recherché par les États-Unis. Cinquièmement, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une contribution importante à l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. Enfin, les parties sont en désaccord sur la question de savoir s'il existe des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif poursuivi au niveau de protection recherché par les États-Unis. À notre avis, certaines de ces questions sont, dans une certaine mesure, liées entre elles.

7.327 Nous commencerons par énoncer le texte de la disposition juridique en cause.

b) Disposition juridique en cause

7.328 L'article 2.2 de l'*Accord OTC* dispose ce qui suit:

"Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de

⁶¹⁰ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 165; réponse des États-Unis à la question n° 108 du Groupe spécial, paragraphe 103.

⁶¹¹ Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 316; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 165; réponse des États-Unis à la question n° 109 c) du Groupe spécial, paragraphes 109 et 110.

⁶¹² Nous sommes conscients du fait, souligné par les États-Unis tout au long de la présente procédure, que l'article 907 a) 1) A) interdit toutes les cigarettes ayant un arôme caractérisant à l'exception du menthol, et pas simplement les cigarettes aux clous de girofle. Voir, par exemple, la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 68.

l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits."

7.329 Nous notons que l'article 2.2 de l'*Accord OTC* a été examiné dans plusieurs rapports antérieurs⁶¹³ de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, mais seulement brièvement.⁶¹⁴ Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a noté ce qui suit: "[L]es critères concernant l'élaboration, l'adoption ou l'application de règlements techniques dans l'article 2.2 de l'*Accord OTC* sont très semblables à ceux de l'article XX du GATT de 1994. Le préambule de l'*Accord OTC* reprend d'ailleurs certains des termes de l'article XX du GATT".⁶¹⁵ Dans l'affaire *CE – Sardines*, le Groupe spécial a fait observer ce qui suit:

"L'article 2.2 et ce passage du préambule affirment qu'il appartient aux Membres de déterminer les objectifs de politique générale qu'ils souhaitent poursuivre et les niveaux auxquels ils souhaitent les poursuivre. En même temps, ces dispositions imposent certaines limites à l'autonomie en matière de réglementation des Membres qui décident d'adopter des règlements techniques: les Membres ne peuvent pas créer d'obstacles au commerce qui ne sont pas nécessaires ou qui, dans leur application, constituent une discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international. Ainsi, l'*Accord OTC*, à l'instar du GATT de 1994, dont il doit aider à réaliser les objectifs, observe un certain degré de déférence vis-à-vis des objectifs de politique intérieure que les Membres souhaitent poursuivre. Parallèlement, toutefois, l'*Accord OTC*, à l'instar du GATT de 1994, accorde une

⁶¹³ Le Groupe spécial sait qu'il y a d'autres procédures de groupe spécial en cours dans lesquelles des allégations au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* ont été formulées. Voir *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/4, page 2; *États-Unis – EPO (Canada)*, WT/DS384/8, page 2, et *États-Unis – EPO (Mexique)*, WT/DS386/7, page 3. Toutefois, au moment de la remise du rapport intérimaire sur la présente affaire, les rapports des groupes spéciaux sur ces autres affaires n'avaient pas encore été distribués.

⁶¹⁴ Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Canada a allégué que la mesure en cause était incompatible avec plusieurs dispositions de l'*Accord OTC*, y compris l'article 2.2. Le Groupe spécial a constaté que la mesure en cause n'était pas un "règlement technique", et il n'a donc pas examiné l'allégation formulée par le Canada au titre de l'article 2.2. Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 3.1, 9.1. L'Organe d'appel a constaté que la mesure était un "règlement technique" mais qu'il n'avait pas une base adéquate lui permettant d'examiner correctement les allégations formulées par le Canada au titre de l'*Accord OTC*, et il s'est abstenu de le faire. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 83. Dans l'affaire *CE – Sardines*, le Pérou a demandé que le Groupe spécial examine d'abord son allégation au titre de l'article 2.4 de l'*Accord OTC*, et qu'il n'examine ensuite ses allégations au titre de l'article 2.2 et 2.1 de l'*Accord OTC* que s'il déterminait que le règlement des CE n'était pas incompatible avec l'article 2.4. Le Groupe spécial a constaté que le règlement des CE en cause était incompatible avec l'article 2.4 de l'*Accord OTC*, et il n'a pas examiné l'allégation formulée au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphes 7.14, 7.16 à 7.19, 7.147, 7.151 et 7.152. L'Organe d'appel s'est abstenu de formuler une constatation au titre de l'article 2.2 pour la même raison que le Groupe spécial. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 312 et 313. Dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, l'Australie a formulé une allégation au titre de l'article 2.2, mais le Groupe spécial a constaté que la mesure en cause n'était pas un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*. Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.515. Dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, le Canada et l'Argentine ont formulé des allégations subsidiaires au titre de l'*Accord OTC*, y compris l'article 2.2, au cas où il serait constaté que les mesures étaient visées par l'*Accord OTC* en sus, ou au lieu, de l'*Accord SPS*. Le Groupe spécial a constaté que les mesures en cause étaient des mesures SPS et n'a donc pas examiné les allégations au titre de l'*Accord OTC*. Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphes 7.2524, 7.2528, 7.3412 et 7.3413, 8.38, 8.42 à 8.46, 8.53, 8.57 à 8.62.

⁶¹⁵ Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.55.

déférence moindre aux moyens que les Membres choisissent d'employer pour atteindre leurs objectifs de politique intérieure. ..."⁶¹⁶

7.330 En l'espèce, les parties conviennent que la première phrase de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* énonce un principe général dont le sens est expliqué et défini dans la deuxième phrase dudit article. Autrement dit, les parties conviennent que la première phrase de l'article 2.2 ne crée pas une obligation séparée et distincte de celle énoncée dans la deuxième phrase.⁶¹⁷ Nous ne voyons aucune raison de ne pas être d'accord⁶¹⁸ et nous poursuivons notre analyse sur la base de cette interprétation.

7.331 Les parties conviennent aussi que c'est à l'Indonésie qu'incombe la charge de la preuve en ce qui concerne son allégation au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.⁶¹⁹ Sur ce point, les parties s'entendent pour dire qu'il existe une différence importante entre l'article 2.2 et l'article XX b) du GATT de 1994.⁶²⁰ De nouveau, nous ne voyons aucune raison de ne pas être d'accord. Par conséquent, nous poursuivons notre analyse étant entendu que l'Indonésie doit démontrer que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait). En même temps, les parties conviennent qu'il n'existe aucune "norme internationale pertinente" au sens de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.⁶²¹ En conséquence, même si c'est à l'Indonésie qu'incombe la charge de la preuve qui consiste à établir l'existence d'une violation de l'article 2.2, nous ne partons pas de la présomption réfragable que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'est pas un obstacle non nécessaire au commerce.⁶²²

7.332 Les parties semblent aussi convenir que la nature de l'analyse à effectuer au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* est différente de celle de l'analyse à effectuer au titre de l'article 2.1 dudit accord.⁶²³ Une fois de plus, nous ne voyons aucune raison de ne pas être d'accord. Les principales questions au titre de l'article 2.1 en l'espèce sont celles de savoir si les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits "similaires", et, dans l'affirmative, s'il est accordé aux cigarettes aux clous de girofle un "traitement ... moins favorable" que celui accordé aux cigarettes mentholées. La principale question au titre de l'article 2.2 en l'espèce est celle de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser l'objectif légitime qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. Par

⁶¹⁶ Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.120.

⁶¹⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 275; réponse de l'Indonésie à la question n° 98 du Groupe spécial.

⁶¹⁸ Étant donné que les parties en l'espèce sont d'accord sur ce point, il n'est pas nécessaire que le présent Groupe spécial l'examine en détail. Il suffit de noter que la deuxième phrase est introduite par les termes "[À] cette fin", qui établissent un lien direct entre les deux phrases et impliquent que la deuxième explique le sens de la première, et qu'il apparaît que, de par ses termes, le reste de la deuxième phrase est une explication de la notion d'obstacle "non nécessaire" au commerce international.

⁶¹⁹ Voir, de façon générale, la réponse de l'Indonésie aux questions n° 4, 12 c) du Groupe spécial.

⁶²⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 267; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 156; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109 (citant la déclaration orale de l'Union européenne à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 15).

⁶²¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 113; réponses des parties à la question n° 59 du Groupe spécial.

⁶²² La deuxième phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* dispose que "[c]haque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international".

⁶²³ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 132 et 133, 140; réponse de l'Indonésie à la question n° 53 du Groupe spécial, paragraphe 113. Même si les États-Unis n'ont pas examiné expressément la relation entre l'article 2.1 et l'article 2.2, nous ne voyons rien dans leur argumentation qui suggère qu'ils en font une interprétation différente.

conséquent, notre constatation selon laquelle la mesure est incompatible avec l'article 2.1 ne préjuge pas de la réponse à la question de savoir si la mesure est compatible avec l'article 2.2.

7.333 Les termes de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* disposent que, pour être compatible avec cette disposition, un règlement technique doit: i) poursuivre un "objectif légitime"; et ii) ne pas être plus restrictif pour le commerce qu'il n'est "nécessaire" pour réaliser cet objectif légitime (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait). Par conséquent, il apparaît que l'article 2.2 préconise une analyse en deux étapes. C'est dans le cadre général de cette analyse en deux étapes que nous examinerons les questions controversées indiquées plus haut.

c) Question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle poursuit un objectif légitime

7.334 Dans la présente section, nous devons aborder deux questions différentes quoique apparentées. La première est celle de savoir si l'Indonésie a indiqué correctement l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle. La seconde est celle de savoir si l'objectif poursuivi par les États-Unis par le biais de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est légitime.

i) *Question de savoir si l'Indonésie a indiqué correctement l'objectif de l'interdiction*

7.335 Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a indiqué qu'il "commenc[er]ait par identifier l'objectif poursuivi par l'interdiction d'importer".⁶²⁴ À notre avis, l'indication de l'objectif poursuivi est le point de départ logique de l'analyse au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, parce qu'elle sert de point de référence pour l'analyse de la question de savoir si une mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif.⁶²⁵

7.336 En l'espèce, les parties conviennent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle vise à réduire le tabagisme chez les jeunes. Même si nous reconnaissons que l'objectif de l'article 907 a) 1) A) n'est pas indiqué dans le texte de la FSPTCA elle-même, de nombreux éléments de preuve ont été présentés au Groupe spécial qui étayaient cette interprétation. Par exemple, elle est étayée par le rapport de la Chambre. Nous notons que le rapport de la Chambre énonce à la fois les objectifs de la FSPTCA en général et ceux de l'article 907 a) 1) A) en particulier.⁶²⁶ Selon le rapport de la Chambre:

"Les objectifs de [la FSPTCA] sont de conférer au Secrétaire le pouvoir approprié de réglementer les produits du tabac afin de protéger la santé publique et de réduire le nombre de personnes de moins de 18 ans qui font usage de produits du tabac."⁶²⁷

7.337 Le rapport de la Chambre indique l'objectif de l'article 907 a) 1) A):

"Conformément à l'objectif général du projet de loi qui est de protéger la santé publique, y compris en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes, l'article 907 a) 1) vise à prohiber la fabrication et la vente de cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes."⁶²⁸

⁶²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 144.

⁶²⁵ Dans le contexte d'une analyse au titre de l'article XX b) du GATT de 1994, le Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Amiante* a expliqué que la question était de savoir si les mesures contestées étaient "nécessaires au regard des objectifs poursuivis". Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.182.

⁶²⁶ H.R. Rep. n° 111-58, Pt. 1 (2009). L'Indonésie a présenté le rapport de la Chambre en tant que pièce IND-2; les États-Unis ont présenté le même rapport de la Chambre en tant que pièce US-67.

⁶²⁷ Pièce US-67, page 14.

⁶²⁸ Pièce US-67, page 37.

7.338 En outre, la Directive de la FDA étaye la conclusion selon laquelle l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est de réduire le tabagisme chez les jeunes. Elle explique la raison d'être de l'article 907 a) 1) A) de la manière suivante:

"Le tabagisme, qui fait plus de 400 000 victimes chaque année, est la première cause évitable de décès aux États-Unis. L'une des principales manières de réduire le nombre de décès et de maladies dus au tabagisme est d'éviter que les enfants et les adolescents commencent à fumer. Des études ont montré que les fumeurs de 17 ans sont trois fois plus enclins à faire usage de cigarettes aromatisées que les fumeurs de plus de 25 ans. Outre qu'ils sont plus attractifs pour les jeunes, les produits aromatisés facilitent les débuts des nouveaux fumeurs en masquant l'arôme désagréable du tabac. Des études ont démontré en outre que les jeunes pensent que les produits du tabac aromatisés sont plus sûrs que les produits non aromatisés.

Les cigarettes aromatisées sont aussi dépendogènes et ont le même type d'effets néfastes que les cigarettes ordinaires. Il est important de retirer ces produits aromatisés du marché car cela supprimera des voies empruntées par les jeunes pour commencer à faire régulièrement usage du tabac. Le Congrès a adopté spécifiquement l'interdiction visant la vente de cigarettes et de leurs composants, comme les filtres et les papiers, qui contiennent certains arômes caractérisants. Le fait de retirer ces cigarettes du marché est une étape importante dans les efforts que fait la nation pour réduire le nombre de maladies et de décès causés par les produits du tabac, conformément à la FSCPTA qui a été signée par le Président Obama le 22 juin 2009."⁶²⁹

7.339 Toutefois, même si les parties conviennent que l'interdiction vise à réduire le tabagisme chez les jeunes, elles sont en désaccord sur deux points en relation avec l'objectif de l'article 907 a) 1) A). Le premier point concerne ce que l'on entend par "jeunes": alors que l'Indonésie entend par "jeunes" les mineurs (c'est-à-dire les personnes de moins de 18 ans)⁶³⁰, les États-Unis affirment que l'objectif de l'article 907 a) 1) A) est de réduire le tabagisme de toutes les personnes "en période d'initiation", qu'ils définissent comme étant les personnes âgées de 12 à 26 ans.⁶³¹ Le second point concerne la question de savoir si l'article 907 a) 1) A) a un seul objectif: alors que les États-Unis font valoir que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'article 907 a) 1) A) met en évidence un deuxième "objectif" de la mesure, qui est d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants⁶³², l'Indonésie estime que cela concerne la justification *alléguée* pour l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction et ne constitue pas un deuxième "objectif" de l'article 907 a) 1) A).⁶³³

7.340 À notre avis, il n'est pas évident que nous devons régler le désaccord entre les parties concernant l'objectif précis de l'article 907 a) 1) A). Premièrement, le résultat de notre analyse au titre

⁶²⁹ Directive, réponse à la question n° 1 (pièce IND-41). Voir aussi FDA Advisory – *Flavored Tobacco Products; What you need to know* (pièce IND-25).

⁶³⁰ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 114; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 75; observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 101 du Groupe spécial, paragraphes 52 à 54.

⁶³¹ Réponse des États-Unis à la question n° 12 b) du Groupe spécial, paragraphe 16; réponse des États-Unis aux questions n° 100 et 101 du Groupe spécial, paragraphes 62 et 71 à 77.

⁶³² Réponse des États-Unis aux questions n° 60, 100 du Groupe spécial.

⁶³³ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 113; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 74.

de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* ne dépend pas de l'un ou l'autre de ces points.⁶³⁴ Deuxièmement, aucune des deux parties n'a expliqué pourquoi il était nécessaire que le présent Groupe spécial indique l'objectif d'une mesure à un tel niveau de précision.⁶³⁵

7.341 Cela étant dit, nous estimons que, même si les éléments de preuve qui nous ont été présentés ne sont pas dénués d'ambiguïté, ils étayaient mieux l'affirmation de l'Indonésie selon laquelle l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est de réduire le tabagisme des personnes de moins de 18 ans. Comme l'Indonésie le fait remarquer, l'article 2 de la FSPTCA énumère 49 constatations formulées par le Congrès des États-Unis concernant l'usage du tabac, et "[p]as moins d'un quart de toutes ces constatations fait référence à l'usage du tabac par les "jeunes", les "adolescents", les "mineurs", les "enfants", ceux "qui n'ont pas l'âge légal de fumer" et ceux "de moins de 18 ans"⁶³⁶. En outre, les passages du rapport de la Chambre et de la Directive de la FDA déjà cités plus haut étaient cette interprétation: le premier indique qu'un des objectifs généraux de la FSPTCA est de "réduire le nombre de personnes de moins de 18 ans"⁶³⁷ qui font usage de produits du tabac, et que l'objectif de l'article 907 a) 1) A) en particulier est de "rédui[re] le nombre d'enfants et d'adolescents"⁶³⁸ qui fument des cigarettes; la seconde indique que l'une des principales manières de réduire le nombre de décès et de maladies dues au tabagisme est d'éviter que "les enfants et les adolescents"⁶³⁹ commencent à fumer.

7.342 Quant au second point, nous considérons qu'il serait tout à fait possible, tant sur le plan factuel que juridique, qu'un seul règlement technique poursuive plus d'un objectif. En outre, nous avons à l'esprit les indications de l'Organe d'appel sur la nécessité d'examiner un règlement technique dans son ensemble, en tenant compte, selon le cas, aussi bien des prohibitions que des exceptions à ces prohibitions.⁶⁴⁰ Toutefois, nous estimons, comme l'Indonésie, que le souhait des États-Unis

⁶³⁴ Pour sa part, l'Indonésie fait valoir que, indépendamment de la question de savoir si le Groupe spécial accepte sa formulation de l'objectif ou celle des États-Unis, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est quand même plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif parce que les deux parties incluent "la réduction du tabagisme chez les jeunes" dans leurs objectifs et que c'est là que le moyen de défense des États-Unis tombe. Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 81. En réponse à une question du Groupe spécial leur demandant de préciser quelle serait l'incidence pratique du fait de définir l'objectif simplement en termes de "réduction du tabagisme chez les jeunes", sans tenir compte d'éventuelles conséquences négatives, les États-Unis notent simplement que "cette limitation peut se solder par un ensemble différent de mesures de rechange avec lesquelles la mesure contestée est comparée". Réponse des États-Unis à la question n° 100 du Groupe spécial, paragraphe 63. Toutefois, les États-Unis ne précisent pas davantage en quoi cela se solderait par un ensemble différent de mesures de rechange.

⁶³⁵ Nous notons que les "objectifs légitimes" mentionnés explicitement dans le texte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* sont formulés d'une manière très générale. En fait, définir l'objectif de l'article 907 a) 1) A) en termes de "réduction du tabagisme chez les jeunes" peut déjà être plus spécifique qu'il n'est requis à l'article 2.2, qui fait référence de façon générale à la "protection de la santé [...] des personnes" en tant qu'objectif légitime.

⁶³⁶ Réponse de l'Indonésie à la question n° 12 b) du Groupe spécial.

⁶³⁷ Pièce US-67, page 14.

⁶³⁸ Pièce US-67, page 37.

⁶³⁹ Directive, réponse à la question n° 1 (pièce IND-41). Voir aussi FDA Advisory – *Flavored Tobacco Products; What you need to know* (pièce IND-25).

⁶⁴⁰ Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a adopté une approche interprétative en deux étapes qui consistait à examiner, premièrement, l'application de l'*Accord OTC* à l'"interdiction" contenue dans la mesure et, deuxièmement, son application aux "exceptions" contenues dans cette mesure. En suivant cette approche en deux étapes, le Groupe spécial a conclu finalement que l'élément "interdiction" de la mesure n'était pas un "règlement technique", mais que l'élément "exceptions" de la mesure était un "règlement technique". L'Organe d'appel a conclu que l'approche et la conclusion du Groupe spécial constituaient une erreur de droit, et il a expliqué qu'"il [fallait] examiner la mesure en cause comme un tout intégré, en tenant compte, selon qu'il [était] approprié, des éléments prohibitifs et permissifs qui la constitu[ai]ent". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 64.

d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants n'est pas un "objectif" de l'article 907 a) 1) A) lui-même, mais plutôt la *justification* alléguée pour l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction. Fondamentalement, nous avons des difficultés à comprendre comment la justification de l'exclusion de certains produits du champ d'un règlement technique pourrait être considérée comme un objectif de ce règlement technique.

7.343 Pour ces raisons, nous concluons que l'Indonésie a démontré que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était de réduire le tabagisme chez les jeunes (c'est-à-dire des personnes de moins de 18 ans). Cela servira de point de référence pour analyser si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif.

ii) *Question de savoir si l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "légitime"*

7.344 Ayant déterminé l'objectif poursuivi par les États-Unis lorsqu'ils ont adopté l'article 907 a) 1) A), nous examinons maintenant sa légitimité. Nous rappelons que l'article 2.2 de l'*Accord OTC* dispose que les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif "légitime", compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. L'article 2.2 explique que ces objectifs "légitimes" sont, entre autres: "la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement". Comme le Groupe spécial *CE – Sardines* l'a fait observer, bien que préciser les objectifs d'une mesure soit une prérogative du Membre établissant cette mesure, "[i]l est [...] demandé aux groupes spéciaux de déterminer la légitimité de ces objectifs".⁶⁴¹ L'Organe d'appel a souscrit à cette conclusion en indiquant qu'il partageait le point de vue du Groupe spécial selon lequel cette partie de l'analyse "impliqu[ait] qu'il [fallait] examiner et déterminer la légitimité des objectifs de la mesure".⁶⁴²

7.345 En l'espèce, l'Indonésie laisse entendre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'a pas d'objectif "légitime", faisant valoir que la mesure est une "restriction déguisée" au commerce international et un "loup déguisé en agneau sous le couvert" de la santé publique.⁶⁴³ Elle précise que même si l'objectif de l'article 907 a) 1) A) "tel qu'il est indiqué" dans la FSPTCA et le rapport de la Chambre (à savoir la réduction du tabagisme chez les jeunes) est un objectif "légitime" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, la "mesure elle-même" est une restriction déguisée au commerce international.⁶⁴⁴ Selon l'Indonésie, les États-Unis n'ont pas inclus les cigarettes mentholées dans l'article 907 a) 1) A) parce que Philip Morris s'y est opposée. L'Indonésie estime que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction a résulté d'un compromis politique, et que la véritable préoccupation était de parvenir à un accord sur la FSPTCA par le biais du Congrès des États-Unis tout en évitant les pertes d'emplois potentielles aux États-Unis qu'entraînerait l'interdiction des cigarettes mentholées.⁶⁴⁵

7.346 En tant que partie contestant la légitimité de l'objectif indiqué, l'Indonésie a la charge d'établir que l'objectif concerné n'est pas "légitime" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

⁶⁴¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.121.

⁶⁴² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 286.

⁶⁴³ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial.

⁶⁴⁴ Réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 34.

⁶⁴⁵ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 118; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 37; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

7.347 Nous avons déjà conclu que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était de réduire le tabagisme chez les jeunes. Il va de soi que les mesures prises pour réduire le tabagisme chez les jeunes visent à protéger la santé des personnes, et l'article 2.2 de l'*Accord OTC* mentionne explicitement la "protection de la santé [...] des personnes" comme étant l'un des "objectifs légitimes" visés par cette disposition. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit: "[L]'objectif poursuivi par la mesure est la protection de la vie et de la santé des personnes au moyen de la suppression ou de la réduction des risques pour la santé bien connus et extrêmement graves que présentent les fibres d'amiante. La valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point."⁶⁴⁶ En outre, nous rappelons que, dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a partagé l'avis du Groupe spécial selon lequel "il y a[vait] peu d'intérêts plus "vitaux" et "importants" que la protection des êtres humains contre les risques pour la santé".⁶⁴⁷

7.348 En outre, bien qu'une partie plaignante soit libre de chercher à démontrer qu'une mesure n'a pas un objectif "légitime" et que les apparences peuvent être trompeuses, il apparaît que l'argument de l'Indonésie en l'espèce revient à dire que les États-Unis ont agi de mauvaise foi. Dans l'affaire *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, l'Organe d'appel, rappelant les rapports antérieurs qu'il avait établis dans les affaires *États-Unis – Crevettes* et *États-Unis – Acier laminé à chaud*, a reconnu qu'"[i]l exist[ait] ... une base permettant à un groupe spécial établi dans le cadre du système de règlement des différends de déterminer, dans une affaire appropriée, si un Membre n'[avait] pas agi de bonne foi".⁶⁴⁸ Toutefois, l'Organe d'appel a indiqué clairement qu'une telle constatation ne devrait pas être formulée à la légère.

7.349 Enfin, même si nous devons accepter les affirmations de l'Indonésie pour les besoins de l'argumentation – à savoir que les États-Unis n'ont pas inclus les cigarettes mentholées dans l'article 907 a) 1) A) "parce que Philip Morris s'y est opposée", que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction a résulté d'un "compromis politique" et que la "véritable préoccupation était de parvenir à un accord sur la FSPTCA par le biais du Congrès des États-Unis tout en évitant les pertes d'emplois potentielles aux États-Unis qu'entraînerait l'interdiction des cigarettes mentholées"⁶⁴⁹ –, nous ne voyons pas comment l'un quelconque de ces arguments mettrait en question la conclusion selon laquelle l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle vise à réduire le tabagisme chez les jeunes, et selon laquelle il s'agit d'un objectif légitime. À notre avis, ces affirmations sembleraient se rapporter davantage à la question de savoir si la justification avancée par les États-Unis pour l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction – c'est-à-dire, selon leurs allégations, afin d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits (à savoir les cigarettes mentholées) dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants à cause des conséquences potentielles mais inconnues pour la santé des utilisateurs individuels ou de l'ensemble de la population⁶⁵⁰ – est crédible ou non. Selon nous, il s'agit de questions distinctes.⁶⁵¹

7.350 Pour ces raisons, nous concluons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'objectif de l'interdiction n'était pas "légitime".

⁶⁴⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 172.

⁶⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 144 (notes de bas de page omises).

⁶⁴⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, paragraphe 297.

⁶⁴⁹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 118; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 37; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

⁶⁵⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial.

⁶⁵¹ Nous n'avons pas à régler, et ne réglons pas, cette question afin de nous prononcer sur l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article 2.2.

- d) Question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes

7.351 Ayant défini l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle comme étant la réduction du tabagisme chez les jeunes, et conclu que cet objectif est légitime au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, nous passons maintenant à la seconde étape de notre analyse, qui est d'examiner si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser cet objectif légitime (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait).

7.352 Notre examen porte sur quatre questions principales. La première est celle de savoir si la jurisprudence relative à l'article XX b) du GATT de 1994 est pertinente pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" énoncé à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. La deuxième est celle de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse le niveau de protection recherché par les États-Unis. La troisième est celle de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une contribution importante à l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. La quatrième est celle de savoir s'il existe des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif poursuivi au niveau de protection recherché par les États-Unis.

- i) *Question de savoir si la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 est pertinente pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" énoncé à l'article 2.2 de l'Accord OTC*

7.353 En l'espèce, les parties sont en désaccord non seulement au sujet de la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire", mais aussi en ce qui concerne le cadre juridique approprié pour effectuer cette analyse. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie part de l'hypothèse que le critère qui a été élaboré au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 est également applicable à la deuxième phrase de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Les États-Unis ne sont pas d'accord et appellent cela une "approche radicale".⁶⁵² À leur avis, le Groupe spécial devrait plutôt appliquer le critère qui a été élaboré par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article 5:6 de l'*Accord SPS*.⁶⁵³

7.354 L'article XX du GATT de 1994 est intitulé "Exceptions générales". Avec son texte introductif, l'article XX b) est libellé comme suit:

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

...

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

⁶⁵² Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 310.

⁶⁵³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 262 à 265.

7.355 Il existe une abondante jurisprudence concernant l'interprétation et l'application de l'article XX b)⁶⁵⁴ et de son texte introductif.⁶⁵⁵

7.356 Comme il a été indiqué plus haut⁶⁵⁶, nous estimons que celui qui interprète un traité ne devrait pas transposer automatiquement la jurisprudence élaborée dans le contexte d'une disposition à une autre. Au contraire, celui qui interprète un traité doit examiner attentivement toutes différences dans le libellé, le contexte et le but des différentes dispositions et évaluer l'importance de ces différences. À notre avis, une telle approche prudente est prescrite par l'article 31 1) de la Convention de Vienne, et elle est aussi conforme aux constatations antérieures formulées par l'Organe d'appel. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a conclu que des décisions antérieures au titre de l'article XX du GATT de 1994 étaient pertinentes pour son analyse au titre de l'article XIV de l'AGCS, mais il n'est parvenu à cette conclusion qu'après avoir examiné certaines des différences et similitudes existant entre les deux dispositions:

"L'article XIV de l'AGCS énonce les exceptions générales concernant les obligations découlant de l'Accord de la même manière que l'article XX du GATT de 1994. Ces deux dispositions confirment le droit des Membres de poursuivre les objectifs indiqués dans les paragraphes de ces dispositions même si, ce faisant, ils agissent d'une manière incompatible avec les obligations énoncées dans d'autres dispositions des accords respectifs, sous réserve qu'il soit satisfait à toutes les conditions qui y sont énoncées. Un libellé similaire est utilisé dans les deux dispositions³⁴⁹, notamment le terme "nécessaires" et les prescriptions énoncées dans leur texte introductif respectif. En conséquence, comme le Groupe spécial, nous estimons que les décisions antérieures au titre de l'article XX du GATT de 1994 sont pertinentes pour notre analyse au titre de l'article XIV de l'AGCS.

³⁴⁹ Nonobstant la similitude générale du libellé des deux dispositions, nous notons que l'article XIV a) de l'AGCS permet expressément aux Membres d'adopter des mesures "nécessaires à la protection de la moralité publique *ou au maintien de l'ordre public*", alors que l'exception correspondante du GATT de 1994, l'article XX a), fait mention de mesures "nécessaires à la protection de la moralité publique".⁶⁵⁷ (pas d'italique dans l'original)

7.357 L'argument des États-Unis selon lequel le fait de s'appuyer sur la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* serait une

⁶⁵⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphes 6.20 à 6.29; rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.184 à 8.223; rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 155 à 175; rapport du Groupe spécial *CE – Préférences tarifaires*, paragraphes 7.178 à 7.224; rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.35 à 7.215, 7.375 à 7.380, 7.438 à 7.446; rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 133 à 212; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Volaille (Chine)*, paragraphes 7.458 à 7.483.

⁶⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, paragraphes 22 à 30; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 7.31 à 7.62; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 146 à 186; rapport du Groupe spécial *Argentine – Peaux et cuirs*, paragraphes 11.309 à 11.331; rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.224 à 8.240; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 5.43 à 5.144; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 111 à 152; rapport du Groupe spécial *CE – Préférences tarifaires*, paragraphes 7.225 à 7.235; rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.217 à 7.357, 7.375 à 7.380; rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 213 à 252.

⁶⁵⁶ Voir la section VII.D.2 c) i) ci-dessus.

⁶⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 291 et note de bas de page 349 (certaines notes de bas de page omises).

"approche radicale" repose sur le principe que l'article 2.2 devrait être interprété et appliqué d'une manière radicalement différente de celle dont l'article XX b) a été interprété et appliqué. Ayant examiné soigneusement le libellé, le contexte et l'objectif de l'article XX b) et de l'article 2.2, nous ne sommes pas d'accord.

7.358 Pour commencer, le libellé de la deuxième phrase de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* est très semblable à celui de l'article XX b) du GATT de 1994. En fait, dans une affaire telle que la présente affaire où l'"objectif légitime" en cause est la "protection de la santé ... des personnes", il apparaît que les termes sont interchangeable. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Essence*, le Groupe spécial a cru comprendre que l'expression "nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes" figurant à l'article XX b) préconisait une analyse de la question de savoir si des mesures "étaient nécessaires pour atteindre l'objectif de ladite politique" consistant à protéger la santé et la vie des personnes.⁶⁵⁸

7.359 En outre, le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* établit un lien direct avec l'article XX b) du GATT de 1994. À cet égard, nous notons que le sixième considérant du préambule de l'*Accord OTC* reproduit essentiellement les termes contenus dans l'article XX du GATT de 1994.⁶⁵⁹

7.360 Par ailleurs, nous notons que le Groupe spécial *CE – Amiante* a fait observer ce qui suit: "[L]es critères concernant l'élaboration, l'adoption ou l'application de règlements techniques dans l'article 2.2 de l'*Accord OTC* sont très semblables à ceux de l'article XX du GATT de 1994. Le préambule de l'*Accord OTC* reprend d'ailleurs certains des termes de l'article XX du GATT. De l'avis du Groupe spécial, l'*Accord OTC* est un développement du GATT".⁶⁶⁰ Le Groupe spécial a ensuite ajouté, dans une note de bas de page, ce qui suit:

"[L]es travaux préparatoires de l'accord sur les obstacles techniques au commerce du Tokyo Round indiquent que l'Accord OTC devant résulter du Tokyo Round était déjà perçu comme un développement des règles existantes du GATT, en particulier de l'article XX. Voir par exemple l'extrait du document MTN/3E/W/26, octobre 1974, cité au paragraphe 7 du document TRE/W/21, 17 janvier 1994."⁶⁶¹

7.361 À notre avis, ce qui précède n'étaye pas le point de vue selon lequel l'article 2.2 de l'*Accord OTC* devrait faire l'objet d'une interprétation radicalement différente de celle de l'article XX b) du GATT de 1994.

7.362 En outre, les États-Unis n'ont en fait indiqué aucune différence importante entre les critères élaborés au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 et au titre de l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, ni aucun aspect de la jurisprudence au titre de l'article XX b) relative à l'interprétation du terme "nécessaire" qui serait inapplicable à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Les États-Unis indiquent que le critère élaboré au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 diffère de trois manières de celui élaboré au titre de l'article 5:6 de l'*Accord SPS*. Nous examinons les différences alléguées ci-après.

7.363 Premièrement, les États-Unis indiquent que, en vertu de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, un groupe spécial examine si une mesure qui réalise un objectif légitime est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser cet objectif, alors que, en vertu de l'article XX du GATT de 1994, la question est de savoir s'il est "nécessaire" de contrevenir au GATT de 1994 pour

⁶⁵⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.20 (cité dans le rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.169; le rapport du Groupe spécial *CE – Préférences tarifaires*, paragraphe 7.197; le rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.40).

⁶⁵⁹ Voir, au paragraphe 7.3 ci-dessus, le texte du sixième considérant du préambule.

⁶⁶⁰ Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.55.

⁶⁶¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, note de bas de page 41.

assurer la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, de protéger la moralité publique ou d'assurer le respect des lois et règlements. Ainsi, comme les États-Unis le font valoir, les options comparées au titre de l'article 2.2 sont deux options compatibles avec les règles de l'OMC, alors que les options comparées au titre de l'article XX du GATT de 1994 comprennent une option incompatible avec les règles de l'OMC et une option compatible avec les règles de l'OMC.⁶⁶² Alors que ce qui précède peut être correct dans certains cas, nous ne sommes pas en mesure de voir quelle conséquence cela entraîne pour la question de savoir si le critère juridique qui a été élaboré au titre de l'article XX b) est applicable à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Nous partageons l'avis suivant de l'Union européenne:

"Cette différence est néanmoins relativement peu importante pour la question de savoir comment *les termes* de l'article 2.2 devraient être interprétés. Le fait que l'article XX du *GATT de 1994* constitue une exception et l'article 2.2 de l'*Accord OTC* une prohibition ne se rapporte ni à la question de savoir *comment* le texte de l'article 2.2 devrait être interprété, ni à la question de l'importance de la jurisprudence au titre de l'article XX du *GATT de 1994*. En fait, cette différence "fonctionnelle" entre les deux dispositions affecte seulement la charge de la preuve entre les parties, et non le sens des termes d'une disposition."⁶⁶³

7.364 Deuxièmement, les États-Unis indiquent que, contrairement à ce qui se passe dans le cadre de l'article XX du GATT de 1994, c'est la partie plaignante qui a la charge d'établir que la mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.⁶⁶⁴ Cela est correct. Toutefois, il ne résulte pas de ce fait, à savoir que la charge de la preuve est attribuée différemment au titre de l'article XX et au titre de l'article 2.2, que la jurisprudence élaborée dans le contexte de l'article XX b) ne peut fournir aucune indication pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" figurant à l'article 2.2.

7.365 Troisièmement, les États-Unis s'appuient sur la note de bas de page 3 relative à l'article 5:6 de l'*Accord SPS* pour faire valoir que le critère approprié à appliquer est la question de savoir s'il existe

⁶⁶² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 267. Sur la base de cette différence de libellé entre l'article XX b) du GATT de 1994 et l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, les États-Unis font valoir également qu'il existe une autre différence importante entre ces dispositions, à savoir que la question qui se pose au titre de l'article XX b) est de savoir si la *mesure elle-même* est nécessaire, alors que la question qui se pose au titre de l'article 2.2 est de savoir si le *degré du caractère restrictif pour le commerce* est nécessaire (deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 181; réponse des États-Unis à la question n° 55 du Groupe spécial, paragraphe 123). Nous pensons comme les États-Unis que l'article XX b) est rédigé du point de vue de la question de savoir si la mesure restrictive pour le commerce est nécessaire pour réaliser son objectif, alors que l'article 2.2 est rédigé du point de vue de la question de savoir si le degré du caractère restrictif pour le commerce de cette mesure est nécessaire pour réaliser son objectif. Toutefois, les États-Unis n'ont pas expliqué pourquoi ni comment une analyse axée sur la nécessité du "caractère restrictif pour le commerce" d'une mesure restrictive pour le commerce serait sensiblement différente d'une analyse axée sur la nécessité de cette mesure restrictive pour le commerce. Par exemple, les arguments des États-Unis en l'espèce suggèrent qu'un groupe spécial analysant la nécessité du *degré du caractère restrictif pour le commerce* d'une mesure restrictive pour le commerce au titre de l'article 2.2 (par opposition à la nécessité d'une *mesure* restrictive pour le commerce) devrait quand même examiner la mesure dans laquelle cette *mesure* apporte une "contribution" à la réalisation de son objectif. À cet égard, nous rappelons que les États-Unis reconnaissent que "[m]ême si l'article 2.2 n'exige pas que la mesure réalise son objectif, il est difficile de croire qu'une mesure qui ne réalise pas son objectif complètement – c'est-à-dire une mesure qui n'apporte même pas une contribution marginale à la réalisation de son objectif – pourrait être jugée compatible avec l'article 2.2" (réponse des États-Unis à la question n° 103 a) du Groupe spécial).

⁶⁶³ Déclaration orale de l'Union européenne en tant que tierce partie, paragraphe 15.

⁶⁶⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 267.

une mesure de rechange qui est "sensiblement" moins restrictive pour le commerce.⁶⁶⁵ L'article 5:6 de l'*Accord SPS* et la note de bas de page y relative disposent ce qui suit:

"Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 de l'article 3, lorsqu'ils établiront ou maintiendront des mesures sanitaires ou phytosanitaires pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique.³

³ Aux fins du paragraphe 6 de l'article 5, une mesure n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis à moins qu'il n'existe une autre mesure raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique qui permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire approprié et soit *sensiblement* moins restrictive pour le commerce." (pas d'italique dans l'original)

7.366 Toutefois, les États-Unis n'expliquent pas le fondement de l'hypothèse sous-jacente selon laquelle un critère différent s'applique en vertu de l'article XX b). En fait, nous ne connaissons aucun rapport de groupe spécial du GATT ou de l'OMC ou de l'Organe d'appel qui laisse entendre qu'un critère différent s'applique en vertu de l'article XX b). En outre, les États-Unis reconnaissent, en réponse à une question du Groupe spécial, qu'"il apparaîtrait que" la question de savoir si l'article 2.2 contient un critère "sensiblement moins restrictif pour le commerce" "ne se pose pas dans le présent différend", dans lequel la mesure contestée est une interdiction d'importer, si l'Indonésie présentait des éléments de preuve suffisants qui montrent qu'il existe une mesure de rechange qui n'interdit pas son produit.⁶⁶⁶

7.367 Nous faisons aussi observer que, dans le contexte de leur argument selon lequel la mesure serait justifiée au regard de l'article XX b) du GATT de 1994 "si le Groupe spécial devait aborder la question des exceptions prévues par le GATT", les États-Unis procèdent à un examen approfondi de la jurisprudence établie au titre de cette disposition, et ils présentent ensuite essentiellement les mêmes arguments que ceux qu'ils ont avancés dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Par exemple, les États-Unis estiment que, "comme il est indiqué dans la section III.H", à savoir la section de leur première communication écrite concernant l'article 2.2, "l'article 907 a) 1) A) a été adopté pour protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme" et il "était nécessaire pour faire en sorte que des produits qui sont essentiellement consommés par les jeunes en tant que produits "pour débutants", et entraînent des années de dépendance, des problèmes de santé et peut-être la mort, ne puissent pas du tout être vendus aux États-Unis".⁶⁶⁷ Dans le contexte de leur analyse au titre de l'article XX b), les États-Unis notent que "[c]omme il est précisé plus haut", ce que nous interprétons comme signifiant dans le contexte de leur analyse au titre de l'article 2.2, "[l]e tabagisme représente un risque indéniable pour la santé et la vie des personnes. Et en interdisant certains produits qui sont essentiellement consommés par les jeunes fumeurs en tant que produits à

⁶⁶⁵ Le Groupe spécial note que les États-Unis affirment en outre qu'une lettre adressée en 1993 à M. l'Ambassadeur John Schmidt, négociateur principal des États-Unis, par M. Peter D. Sutherland, Directeur général du GATT, pièce US-79, fournit un élément additionnel, en tant que moyen complémentaire d'interprétation visé par l'article 32 de la Convention de Vienne, qui étaye l'idée que l'article 2.2 de l'*Accord OTC* devrait être interprété de façon similaire à l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, et en particulier qu'une mesure ne peut pas être considérée comme plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire en l'absence d'une mesure de rechange raisonnablement applicable qui est "sensiblement" moins restrictive pour le commerce.

⁶⁶⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 57 du Groupe spécial, paragraphe 130.

⁶⁶⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 316.

fumer "pour débutants", le Congrès a manifestement pris une mesure pour réduire ce risque de tabagisme".⁶⁶⁸ De nouveau, dans leur analyse au titre de l'article XX b), les États-Unis estiment que "[c]omme il a été indiqué de façon détaillée dans la présente communication, le tabagisme présente un risque grave pour la santé et la vie des personnes, et la FSPTCA est la plus récente d'une série de restrictions imposées aux cigarettiers pour lutter contre ce risque".⁶⁶⁹

7.368 Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus par l'argument des États-Unis selon lequel la jurisprudence qui a été élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 est inapplicable à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. En fait, nous pensons comme l'Indonésie, et comme les tierces parties qui ont abordé cette question, que la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) est pertinente pour l'interprétation de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Par conséquent, en examinant les arguments des parties concernant la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire", nous chercherons des indications dans cette jurisprudence.

7.369 Nous ne sommes pas d'accord avec les États-Unis pour dire qu'"aucun aspect"⁶⁷⁰ de la jurisprudence relative à l'article XX b) n'est applicable à une analyse au titre de l'article 2.2. En même temps, nous ne disons pas que la jurisprudence relative à l'article XX b) peut être transposée dans sa totalité dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Il se pourrait qu'il y ait certains aspects de la jurisprudence relative à l'article XX b) qui ne soient pas applicables dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. En revanche, nous sommes d'avis qu'il y a des aspects de la jurisprudence relative à l'article XX b) qui peuvent être pris en compte dans le contexte de l'interprétation de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

ii) *Question de savoir si l'Indonésie a démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépassait le niveau de protection recherché par les États-Unis*

7.370 En l'espèce, les deux parties conviennent que le "niveau de protection" recherché est directement lié à la question de savoir si une mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.⁶⁷¹ Nous ne voyons aucune raison de ne pas être d'accord. Bien que le texte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* ne fasse pas explicitement référence à cette notion, le sixième considérant du préambule de cet accord dispose que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures "nécessaires ... à la protection de la santé et de la vie des personnes ... aux niveaux qu'il considère appropriés". Par ailleurs, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont examiné le "niveau de protection" dans le contexte d'une analyse de mesures au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, bien que ces mots ne figurent pas non plus dans cette disposition. Entre autres choses, l'Organe d'appel a expliqué ce qui suit: "[P]our pouvoir être considérée comme solution de rechange, une mesure proposée par le Membre plaignant non seulement doit être moins restrictive pour le commerce que la mesure en cause mais devrait aussi "préserv[er] le droit du Membre défendeur d'assurer le niveau de protection qu'il souhaite pour ce qui est de l'objectif poursuivi".⁶⁷²

7.371 L'Indonésie estime que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" parce qu'elle "dépass[e] largement le niveau de protection recherché" par les États-Unis.⁶⁷³ Elle affirme que parce que "la grande majorité des cigarettes

⁶⁶⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 318.

⁶⁶⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 322.

⁶⁷⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 55 du Groupe spécial, paragraphe 121.

⁶⁷¹ Réponses des parties à la question n° 58 du Groupe spécial.

⁶⁷² Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 308.

⁶⁷³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 85.

connues pour être fumées par les jeunes ne sont pas interdites par la Loi", le niveau de protection recherché par les États-Unis par le biais de la FSPTCA n'est "pas une réduction radicale du nombre de jeunes qui fument", mais plutôt "une réglementation suffisante pour dissuader les adolescents, mais non leur interdire, de faire usage de produits du tabac".⁶⁷⁴ Elle estime qu'une interdiction "est l'instrument réglementaire disponible le plus restrictif pour le commerce et peut, dans certaines circonstances, être la seule option pour atteindre un objectif sanitaire, par exemple lorsque le niveau de protection requis est l'élimination du risque".⁶⁷⁵ L'Indonésie fait observer que bien que la FSPTCA ne mentionne pas expressément un "niveau de protection recherché", le niveau de protection souhaité qui ressort des dispositions de cette loi est très inférieur au niveau élevé allégué par les États-Unis.⁶⁷⁶

7.372 Les États-Unis reconnaissent que si la mesure en cause "va au-delà du niveau de protection choisi", une mesure moins restrictive pour le commerce peut de la même manière répondre à l'objectif légitime du Membre.⁶⁷⁷ Cependant, à leur avis, l'interprétation que fait l'Indonésie du niveau de protection recherché par les États-Unis est erronée.⁶⁷⁸ Eu égard aux efforts longs et décevants du gouvernement des États-Unis pour limiter le tabagisme chez les jeunes, le niveau de protection "élevé" recherché par les États-Unis est attesté par la mesure appliquée – une interdiction complète.⁶⁷⁹ Le niveau auquel les États-Unis jugent approprié de protéger la santé publique consiste à éliminer du marché les produits dont les jeunes font un usage disproportionné, et non de simplement restreindre l'accès de ces produits.⁶⁸⁰

7.373 La charge incombe à l'Indonésie, en tant que partie qui affirme que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle "dépasse largement le niveau de protection recherché" par les États-Unis, de nous présenter des éléments de preuve et une argumentation sur ce qu'est le niveau de protection recherché par les États-Unis et sur les raisons pour lesquelles interdire les cigarettes aux clous de girofle dépasse largement ce niveau de protection.

7.374 L'Indonésie n'a appelé notre attention sur aucun élément de preuve direct concernant le "niveau de protection" recherché par les États-Unis. Par exemple, il apparaît que rien dans le texte de la FSPTCA n'énonce le niveau de protection que ceux-ci cherchent à atteindre. En l'absence de tout élément de preuve direct concernant le niveau de protection recherché par les États-Unis, nous hésitons quelque peu à constater que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse largement ce niveau de protection.

7.375 En outre, dans la mesure où l'Indonésie cherche à inférer⁶⁸¹ le niveau de protection à partir de la mesure elle-même, on ne voit pas très bien comment il pourrait être constaté que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse (ou ne permet pas d'atteindre) ce niveau de protection. Si nous devons inférer le "niveau de protection" à partir de la mesure elle-même, ce niveau doit nécessairement être le niveau de protection qui ressort de la mesure elle-même. On ne voit pas très bien alors comment la mesure pourrait dépasser (ou ne pas permettre d'atteindre) ce niveau de protection. Autrement dit, dans le cas où le niveau de protection est inférer à partir de la mesure elle-même, celle-ci permettra nécessairement d'atteindre exactement ce niveau de protection. L'Organe d'appel semble avoir fait allusion à ce problème dans le contexte de l'*Accord SPS*. Dans l'affaire *Australie – Saumons*, il a fait observer ce qui suit:

⁶⁷⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 84.

⁶⁷⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 85 (pas d'italique dans l'original).

⁶⁷⁶ Réponse de l'Indonésie à la question n° 58 c) du Groupe spécial, paragraphe 123; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 124.

⁶⁷⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 134.

⁶⁷⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 255 à 257.

⁶⁷⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 227.

⁶⁸⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 135; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 147.

⁶⁸¹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 58 d) du Groupe spécial.

"Déduire [c'est-à-dire inférer] le niveau de protection approprié de la mesure SPS existante serait admettre que la mesure permet toujours d'obtenir le niveau de protection approprié qui a été déterminé par le Membre."⁶⁸²

7.376 En fait, en l'espèce, les États-Unis font valoir que le niveau de protection "élevé" peut être inféré à partir de la mesure appliquée – une interdiction complète.⁶⁸³ Selon eux, l'inférence à faire à partir de l'article 907 a) 1) A) lui-même est que le niveau de protection consiste "à éliminer du marché"⁶⁸⁴ les produits en cause.

7.377 Nous ne sommes pas convaincus par l'argument de l'Indonésie selon lequel parce que "la grande majorité des cigarettes connues pour être fumées par les jeunes ne sont pas interdites par la Loi"⁶⁸⁵, le niveau de protection recherché par les États-Unis par le biais de la FSPTCA est relativement peu élevé, et interdire les cigarettes aux clous de girofle dépasse par conséquent ce niveau de protection. Si les parties s'accordent à reconnaître que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle (de même que la FSPTCA plus généralement) a seulement pour but de *réduire* plutôt que d'*éliminer* le tabagisme des jeunes, il ne s'ensuit pas que l'interdiction de certains types de cigarettes dépasse *ipso facto* le niveau de protection recherché. Nous ne voyons aucune contradiction dans l'idée qu'un Membre puisse chercher à *réduire* (plutôt qu'à éliminer) certains risques en *interdisant* certains produits (mais pas tous).

7.378 Pour ces raisons, nous concluons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépassait le "niveau de protection" recherché par les États-Unis.

iii) *Question de savoir si l'Indonésie a démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apportait pas de "contribution importante" à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes*

Introduction

7.379 Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a expliqué que pour déterminer si une mesure était "nécessaire" au sens de l'article XX d) du GATT de 1994, "il [fallait] dans chaque cas soupeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figuraient, au premier plan, le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui [étaient] protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations".⁶⁸⁶ Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a dit que le processus consistant à soupeser et mettre en balance, qui était inhérent à l'analyse de la nécessité, passait par une évaluation d'autres facteurs, qui comprenaient généralement "la contribution de la mesure à la réalisation des objectifs qu'elle poursui[vait]" et "l'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international".⁶⁸⁷ Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a dit qu'"[u]ne ... contribution exist[ait] lorsqu'il y [avait] une véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui est de la fin et des moyens".⁶⁸⁸ Nous ne voyons rien dans le texte, le contexte ou le but de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* qui donne à penser qu'une règle différente devrait être appliquée dans le contexte de l'examen de la question de savoir si une mesure est "plus restrictive

⁶⁸² Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 203.

⁶⁸³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 227.

⁶⁸⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 135; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 172.

⁶⁸⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 84.

⁶⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 164.

⁶⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 306 (pas d'italique dans l'original).

⁶⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 145.

pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime" aux fins de cette disposition.

7.380 Il y a certaines similitudes entre les faits en l'espèce et ceux de l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Dans les deux affaires, la mesure en cause était une interdiction d'importer. Dans les deux affaires, l'objectif de la mesure était de protéger la vie et la santé des personnes. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a expliqué ce qui suit: "[L]orsqu'une mesure a sur le commerce international des effets restrictifs aussi graves que ceux qui résultent d'une interdiction d'importer, il apparaît, selon nous, qu'il serait difficile pour un groupe spécial de constater que cette mesure est nécessaire, à moins qu'il ne soit convaincu qu'elle est à même d'apporter une *contribution importante* à la réalisation de son objectif".⁶⁸⁹ L'Organe d'appel a distingué une "contribution importante" d'une contribution qui est "marginale ou insignifiante".⁶⁹⁰ Nous appliquerons la même règle en l'espèce et examinerons si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes.

7.381 En l'espèce, l'Indonésie fait valoir que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte aucune contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes.⁶⁹¹ Elle avance quatre arguments, étayés par différentes catégories d'éléments de preuve. Selon l'Indonésie: i) les cigarettes aux clous de girofle ne présentent pas de plus grand risque pour la santé que les autres cigarettes⁶⁹²; ii) les jeunes ne fument pas de cigarettes aux clous de girofle en nombre important⁶⁹³; iii) d'autres produits du tabac aromatisés populaires auprès des jeunes ne sont pas interdits⁶⁹⁴; et iv) les preuves scientifiques disponibles montrent qu'interdire les cigarettes aux clous de girofle ne contribuera guère à dissuader les jeunes de fumer.⁶⁹⁵ Nous examinerons ces affirmations l'une après l'autre, en rappelant que la charge de la preuve incombe à l'Indonésie.

Question de savoir si les cigarettes aux clous de girofle présentent un plus grand risque pour la santé que les autres cigarettes

7.382 L'Indonésie estime qu'il n'y a pas d'informations scientifiques ou techniques indiquant que les cigarettes aux clous de girofle présentent un plus grand risque pour la santé que les cigarettes que la Loi n'interdit pas. À cet égard, elle affirme que les fiches d'information de la FDA indiquent que les cigarettes aromatisées présentent les mêmes risques pour la santé et sont aussi dépendogènes que les cigarettes ordinaires. Selon l'Indonésie, la conclusion de la FDA est confirmée en outre par diverses études scientifiques qui ont montré que fumer des cigarettes aux clous de girofle avait les mêmes effets sur la santé que fumer des cigarettes ordinaires.⁶⁹⁶

7.383 Selon les États-Unis, l'argument de l'Indonésie selon lequel les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas plus dangereuses que d'autres types de cigarettes est sans aucun rapport avec les prescriptions de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* et s'écarte en outre du propos de l'article 907 a) 1) A).⁶⁹⁷

⁶⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 150 (pas d'italique dans l'original).

⁶⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 150 et 210.

⁶⁹¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 86 à 103.

⁶⁹² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90 et 91.

⁶⁹³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 92 à 96.

⁶⁹⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 97 et 98.

⁶⁹⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 99 à 102.

⁶⁹⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90 et 91.

⁶⁹⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 274.

7.384 À notre avis, l'argument de l'Indonésie est déplacé. La raison n'en est pas que les éléments de preuve relatifs au risque qu'un produit présente pour la santé n'ont intrinsèquement aucun rapport avec les prescriptions de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Elle est plutôt que la mesure en cause en l'espèce ne consiste pas à interdire les cigarettes aux clous de girofle et certaines autres cigarettes aromatisées au motif qu'elles sont plus toxiques que les autres types de cigarettes. Si l'objectif de la mesure en cause était d'interdire les cigarettes qui étaient "plus délétères"⁶⁹⁸, plus "dangereuses"⁶⁹⁹ ou plus "toxiques"⁷⁰⁰ que les cigarettes ordinaires ou les cigarettes mentholées⁷⁰¹, alors les éléments de preuve montrant que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas plus délétères, plus dangereuses ou plus toxiques que les autres cigarettes seraient hautement pertinents pour ce qui est de savoir si interdire les cigarettes aux clous de girofle pourrait apporter une contribution importante à la réalisation de cet objectif. Or, tel n'est pas l'objectif de l'article 907 a) 1) A).

7.385 En conséquence, nous ne considérons pas que les éléments de preuve fournis par l'Indonésie au sujet des risques pour la santé présentés par les cigarettes aux clous de girofle par rapport aux autres types de cigarettes éclairent beaucoup la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes.

Question de savoir si les jeunes fument des cigarettes aux clous de girofle en nombre insignifiant

7.386 Les parties ont présenté de nombreux arguments, principalement sur la base d'éléments de preuve tirés d'enquêtes, au sujet du nombre de jeunes fumant des cigarettes aux clous de girofle.⁷⁰²

7.387 En général, l'Indonésie affirme qu'un nombre insignifiant de jeunes fument des cigarettes aux clous de girofle. À l'appui de cette affirmation, elle renvoie le Groupe spécial à divers éléments de preuve tirés d'enquêtes. L'Indonésie affirme que selon la National Survey on Drug Use and Health (Enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé) ("NSDUH"): i) 0,05 pour cent seulement des cigarettes consommées par les jeunes sont des cigarettes aux clous de girofle, alors que 43 pour cent sont des cigarettes mentholées et 57 pour cent des cigarettes ordinaires; ii) parmi les jeunes qui fument, presque tous fument des cigarettes ordinaires ou mentholées; iii) les fumeurs de cigarettes aux clous de girofle fument moins de cigarettes par jour que les fumeurs de cigarettes mentholées ou ordinaires; iv) en 2007, 0,1 pour cent seulement des jeunes fumeurs ont consommé des cigarettes aux clous de girofle, nombre qui est tombé à zéro en 2008.⁷⁰³ Sur la base de l'enquête Western Watts, l'Indonésie affirme que deux tiers de l'ensemble des fumeurs actuels de cigarettes aux clous de girofle ont déclaré avoir fumé leur première cigarette aux clous de girofle plus d'un an après avoir fumé leur première cigarette, tandis que 6 pour cent seulement ont déclaré que la cigarette aux clous de girofle avait été leur première cigarette.⁷⁰⁴ Elle renvoie en outre le Groupe spécial à une étude réalisée en 2009 par un autre organisme, *Monitoring the Future* (Surveiller l'avenir), qui a interrogé un total de 46 097 élèves de huitième, de dixième et de douzième année de 389 écoles secondaires réparties sur tout le territoire des États-Unis et a constaté que "la prévalence annuelle de l'usage des kreteks n'était pas très élevée durant la première année de mesure (2001); après quoi cet usage diminuait de moitié environ chez les élèves de huitième et de dixième année jusqu'en 2005, avant que la question soit retirée des questionnaires visant ces deux années".⁷⁰⁵ L'Indonésie renvoie

⁶⁹⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 6 et 35.

⁶⁹⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 6.

⁷⁰⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 6.

⁷⁰¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90 et 91.

⁷⁰² [insérer les références à des communications et des réponses aux questions].

⁷⁰³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 93 et 94.

⁷⁰⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 95.

⁷⁰⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 95.

en outre le Groupe spécial à une enquête réalisée par téléphone du 23 au 26 septembre 2010 par Opinion Research Corporation, dans laquelle 98 pour cent des adolescents interrogés ont indiqué n'avoir jamais entendu parler des kreteks.⁷⁰⁶

7.388 Les États-Unis estiment que les données tirées d'enquêtes réalisées au cours des dix dernières années démentent les affirmations de l'Indonésie et montrent que les cigarettes aux clous de girofle sont fumées par un nombre important de jeunes. Ils critiquent l'enquête NSDUH présentée par l'Indonésie et produisent différentes données relatives à leur marché des cigarettes. Selon eux, les données des NSDUH de 2002-2003 indiquent qu'environ 5 à 6 pour cent des jeunes fumeurs fument des cigarettes aux clous de girofle. Les États-Unis considèrent que l'enquête la plus fiable est la National Youth Tobacco Survey (Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes) ("NYTS"), qui constate qu'environ 11 pour cent des fumeurs âgés de 12 à 21 ans consomment des cigarettes aux clous de girofle. Ils font observer que selon une enquête réalisée en 2004, la plus forte consommation de cigarettes aromatisées était observée chez les personnes âgées de 17 ans (22,8 pour cent) et de 18 et 19 ans (21,7 pour cent), et la plus faible chez les fumeurs âgés de 40 à 54 ans (6,2 pour cent) et de 55 ans et plus (0,8 pour cent).⁷⁰⁷

7.389 À notre avis, les arguments des parties montrent que les éléments de preuve tirés d'enquêtes présentés au Groupe spécial peuvent donner lieu à différentes interprétations. Cependant, même si nous acceptons les chiffres fournis par l'Indonésie, ceux-ci ne montrent pas qu'un nombre insignifiant de jeunes fument des cigarettes aux clous de girofle.

7.390 Au contraire, l'Indonésie a estimé elle-même qu'environ 6 800 mineurs fumaient *régulièrement* des cigarettes aux clous de girofle.⁷⁰⁸ À notre avis, ce nombre est loin d'être insignifiant.

7.391 Par ailleurs, les enquêtes NSDUH sur lesquelles s'appuient les deux parties montrent en fait que même si l'on entend par "jeunes" seulement les personnes de moins de 18 ans, il s'avère encore que la consommation des cigarettes aux clous de girofle par les "jeunes" est disproportionnée. Les enquêtes NSDUH de 2002 et 2003 contenaient la question suivante: "Au cours des 30 derniers jours, avez-vous fumé entièrement ou partiellement une cigarette aux clous de girofle?". La pièce IND-73 présente les résultats de ces deux enquêtes. Elle indique qu'en 2002, 7,3 pour cent des fumeurs âgés de moins de 18 ans ont répondu affirmativement à cette question, alors que 2,5 pour cent seulement des fumeurs âgés de plus de 18 ans ont donné la même réponse. En 2003, 5,8 pour cent des fumeurs âgés de moins de 18 ans, contre 2,2 pour cent seulement des fumeurs âgés de plus de 18 ans, ont répondu affirmativement à cette même question.

7.392 En conséquence, nous ne considérons pas que les données d'enquête fournies par l'Indonésie offrent une base suffisante pour déterminer que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte pas une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes.

⁷⁰⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 96.

⁷⁰⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 53.

⁷⁰⁸ Selon l'Indonésie, "[e]ntre 2,2 et 2,5 millions de personnes âgées de moins de 18 ans fument des cigarettes aux États-Unis. Sur ce nombre, environ 1,1 million (soit 43 pour cent) fument régulièrement des cigarettes mentholées. Ce chiffre est à comparer avec les 6 800 mineurs seulement qui fument régulièrement des cigarettes aux clous de girofle". Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 143.

Question de savoir si le fait que les États-Unis n'ont pas interdit les autres produits du tabac aromatisés les plus populaires auprès des jeunes démontre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte pas de "contribution importante" à la réduction du tabagisme chez les jeunes

7.393 L'Indonésie fait valoir que parce que les autres produits du tabac aromatisés populaires auprès des jeunes, et en particulier les cigarettes mentholées, ne sont pas interdits par la FSPTCA, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne peut pas apporter de contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. À cet égard, elle réaffirme qu'en ne prohibant qu'une "infime partie" des cigarettes fumées par les jeunes, la mesure ne peut pas apporter de "contribution importante" à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes et est par conséquent plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser cet objectif.⁷⁰⁹

7.394 Nous notons qu'il n'est pas contesté que les jeunes fument des cigarettes mentholées (et des cigarettes ordinaires) en beaucoup plus grand nombre que des cigarettes aux clous de girofle. Cependant, nous ne considérons pas que le fait de ne pas interdire ces cigarettes démontre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte pas de contribution importante à la réduction du tabagisme chez les jeunes.

7.395 Premièrement, si l'on suppose pour les besoins de l'argumentation qu'en ne prohibant qu'une "infime partie" des cigarettes fumées par les jeunes, la mesure ne peut pas apporter de contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes, il semblerait s'ensuivre que la mesure est *moins* restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif. Plus précisément, cela signifierait que pour apporter une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes, les États-Unis devraient interdire plus de types de cigarettes qu'ils ne l'ont fait. Nous ne voyons pas comment il peut être constaté que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif sur la base de la conclusion que cette interdiction est *moins* restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif.

7.396 Par ailleurs, étant donné que les autres cigarettes aromatisées interdites par l'article 907 a) 1) A) représentaient aussi une part de marché très réduite – apparemment plus réduite en fait que celle dont bénéficiaient les cigarettes aux clous de girofle – accepter le raisonnement de l'Indonésie amènerait à conclure qu'une interdiction de ces autres cigarettes n'apporterait pas non plus de contribution importante à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. En fait, l'Indonésie elle-même reconnaît la conséquence logique de son argument.⁷¹⁰

7.397 Par ailleurs, nous ne considérons pas qu'il soit possible d'examiner si une mesure apporte une "contribution importante" à la réalisation de son objectif en comparant cette mesure avec une mesure hypothétique qui contribue davantage à la réalisation de cet objectif. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a tranché la question de savoir si la mesure contestée apportait une contribution importante eu égard à ses propres modalités, et non par comparaison avec des mesures de rechange. Dans son analyse au titre de l'article XX, la comparaison de la mesure contestée avec des mesures de rechange ne sert qu'à confirmer que la mesure est "nécessaire", et non à

⁷⁰⁹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 2 du Groupe spécial, paragraphe 6; réponse de l'Indonésie à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 124; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 2 et 125.

⁷¹⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 62 du Groupe spécial, paragraphe 130 (confirmant que de l'avis de l'Indonésie, "... dès lors que le menthol, arôme le plus populaire auprès des jeunes, n'est pas interdit, il est difficile d'imaginer comment l'interdiction de tout autre arôme, en particulier de produits qui n'étaient pas même sur le marché au moment où la mesure a été adoptée, pourrait être jugée "nécessaire").

déterminer jusqu'à quel point elle contribue à la réalisation de son objectif. Il s'agit là d'un examen distinct, qui a lieu avant la comparaison de la mesure avec des mesures de rechange.⁷¹¹

7.398 Enfin, nous jugeons problématique l'argument de l'Indonésie selon lequel "s'il n'est pas nécessaire d'interdire les produits du tabac qui sont le plus largement consommés par les adolescents, il ne peut pas être nécessaire d'interdire les cigarettes aux clous de girofle, qui sont rarement consommées"⁷¹², en ce sens que cet argument suppose que les États-Unis ont exclu les cigarettes mentholées et les autres produits du tabac les plus populaires auprès des jeunes du champ de l'interdiction parce qu'ils ne jugent pas nécessaire d'interdire ces produits pour réduire le tabagisme chez les jeunes. Aucun élément de preuve indiquant que les États-Unis aient jamais fait une telle évaluation n'a été présenté au Groupe spécial. En revanche, les États-Unis font observer que la raison pour laquelle les cigarettes mentholées ont été exclues du champ de l'interdiction était d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants à cause des conséquences potentielles mais inconnues pour la santé des utilisateurs individuels ou de l'ensemble de la population.⁷¹³

7.399 Pour ces raisons, nous ne considérons pas que le fait que les États-Unis n'ont pas interdit les autres produits du tabac aromatisés les plus populaires auprès des jeunes, en particulier les cigarettes mentholées, démontre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte pas de contribution importante à la réduction du tabagisme chez les jeunes.

Question de savoir si les preuves scientifiques disponibles montrent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne contribuera guère à dissuader les jeunes de fumer

7.400 Cela nous amène au dernier argument de l'Indonésie, à savoir qu'il n'y a pas de preuves scientifiques qui montrent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle contribuera à dissuader les jeunes de fumer. Selon l'Indonésie, "[l]a justification la plus fréquemment citée de l'interdiction des cigarettes aromatisées est que ces cigarettes incitent les enfants à fumer en incorporant des arômes attractifs. Une seule ligne d'une seule étude est le plus souvent utilisée pour appuyer cette hypothèse".⁷¹⁴

7.401 Nous considérons à cet égard que les éléments de preuve présentés au Groupe spécial fournissent une base solide pour parvenir à une conclusion définitive. Les éléments de preuve présentés au Groupe spécial, qui proviennent d'experts de la santé, contredisent totalement l'affirmation de l'Indonésie selon laquelle il n'y a pas de preuves scientifiques à l'appui de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par les États-Unis. Ces derniers ont présenté un certain nombre d'études provenant de sources compétentes et respectées et il apparaît que toutes ces études énoncent la même opinion. En fait, il apparaît qu'un consensus de plus en plus large se dégage, parmi ceux qui ont effectué des recherches sur la question, pour appuyer la position des États-Unis sur ce point particulier. Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle un Membre cherche à fonder une mesure de santé publique sur une opinion minoritaire au sein de la communauté scientifique; il s'agit d'une affaire dans laquelle la mesure dénote en fait, à tout le moins, l'opinion majoritaire et, potentiellement, l'opinion unanime.⁷¹⁵

⁷¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 134 à 155 et 156 à 175.

⁷¹² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 98.

⁷¹³ Réponse des États-Unis aux questions n° 60 et 100 du Groupe spécial.

⁷¹⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 99.

⁷¹⁵ Au paragraphe 591 de son rapport sur l'affaire *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, l'Organe d'appel a précisé le critère d'examen applicable dans le contexte de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*:

"L'Organe d'appel a fait observer qu'un Membre de l'OMC peut dûment établir une mesure SPS sur la base d'*opinions divergentes ou minoritaires*, tant que ces opinions proviennent de *sources compétentes et respectées*. Cela doit être pris en compte dans la

7.402 Par exemple, une étude de 1985 du Center for Disease Control (Centre de lutte contre les maladies) des États-Unis indique ce qui suit:

"Outre les effets néfastes sur la santé qui peuvent résulter de l'inhalation d'eugénol et de clous de girofle pyrolysés, la consommation des cigarettes aux clous de girofle peut modifier les habitudes tabagiques des adolescents américains. Certains chercheurs ont affirmé que l'eugénol, qui est présent en quantités importantes dans la fumée des cigarettes aux clous de girofle (4), anesthésiait l'arrière gorge et la trachée des fumeurs, permettant une inhalation plus profonde et pouvant inciter à fumer des personnes que l'âpreté des cigarettes ordinaires, autrement, pouvait dissuader de le faire."⁷¹⁶

7.403 Une étude de 1989 publiée dans *The Western Journal of Medicine* relève ce qui suit:

"À part les enquêtes de commercialisation qui ne sont pas diffusées en dehors de l'industrie, l'estimation la plus précise de la consommation de cigarettes aux clous de girofle au sein d'une population définie est celle que Robinson et ses collaborateurs ont établie dans le cadre d'une enquête approfondie sur l'usage de substances qui a été réalisée anonymement et indépendamment des autorités scolaires auprès d'adolescents de Californie du Nord âgés de 16 ans environ. Leurs données sont résumées dans le tableau 1. Dans cette étude portant sur près de 1 300 élèves de 10^{ème} année, de race blanche pour la plupart, 20 pour cent des garçons et 26 pour cent des filles ont indiqué avoir au moins essayé les cigarettes aux clous de girofle et 1 pour cent environ de chaque groupe a déclaré fumer ces cigarettes quotidiennement ou presque. Parmi les adolescents qui consommaient quotidiennement une ou plusieurs substances, environ 12 pour cent fumaient des cigarettes aux clous de girofle.

En l'absence de données significatives allant au-delà des habitudes de consommation, nous pourrions nous attendre à ce que les cigarettes aux clous de girofle engendrent plus facilement une dépendance chez les jeunes fumeurs que les cigarettes classiques. L'attrait exotique du produit, son arôme puissant et l'intérêt de groupe qu'il suscite agiraient en ce sens, étant donné en particulier que les cigarettes aux clous de girofle ont depuis le début l'image d'un substitut des cigarettes classiques qui serait sans danger pour la santé. La cigarette aux clous de girofle est une cigarette "d'apprentissage" de conception presque idéale pour inciter les jeunes à fumer."⁷¹⁷

7.404 Une étude de 1992 publiée dans la même revue médicale fait état de ce qui suit:

définition du critère d'examen d'un groupe spécial. En conséquence, lorsqu'il examine la compatibilité d'une mesure SPS avec l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, un groupe spécial doit, tout d'abord, identifier le fondement scientifique sur la base duquel la mesure SPS a été adoptée. Il n'est pas nécessaire que ce fondement scientifique exprime l'*opinion de la majorité dans la communauté scientifique* mais il peut exprimer des points de vue divergents ou minoritaires. Après avoir identifié le fondement scientifique sur lequel repose la mesure SPS, le groupe spécial doit ensuite vérifier que ce fondement provient d'une *source respectée et compétente*. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que le fondement scientifique représente l'opinion de la majorité dans la communauté scientifique, il doit néanmoins avoir la *rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré comme des données scientifiques dignes de foi. ...*" (pas d'italique dans l'original, notes de bas de page omises).

⁷¹⁶ CDC, "Epidemiologic Notes and Reports. Illnesses Possibly Associated with Smoking Clove Cigarettes", MMRW Weekly, 34(21), 297-9 (mai 31, 1985) (pièce US-37), page 3 sur 4.

⁷¹⁷ Guidotti *et al*, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", *The Western Journal of Medicine* (août 1989) (pièce US-38), pages 221 et 225 à 226.

"Les cigarettes aux clous de girofle ont un arôme sucré qui provoque un certain engourdissement de la bouche. Cet effet fait disparaître en grande partie la sensation désagréable que produit la fumée de cigarette chez les nouveaux fumeurs. Ces cigarettes ont été appelées cigarettes "d'apprentissage".

...

Le potentiel d'incitation des adolescents au tabagisme est tout aussi préoccupant. L'habitude de fumer des cigarettes aux clous de girofle est moins nocive parce que ces cigarettes ont un goût acceptable et un effet anesthésiant sur les muqueuses qui diminue l'inconfort. Cette habitude a été associée à de nombreuses tendances sociales importantes parmi les groupes d'adolescents du même âge: musique new wave, produits "naturels" et à base de plantes, activité sportive (surf), exotisme (noms indonésiens et emballages aux couleurs vives) et méconnaissance de la part des parents (jusqu'à ce qu'une large publicité ait attiré l'attention sur cet engouement). À ce titre, les cigarettes aux clous de girofle peuvent représenter un danger potentiel de déclenchement d'une dépendance chez des fumeurs jusque-là inexpérimentés."⁷¹⁸

7.405 Une étude réalisée en 1991 par le Comité sur la toxicomanie de l'Académie américaine de pédiatrie et publiée dans la revue *Pediatrics* conclut comme suit:

"Les cigarettes aux clous de girofle devraient être suspectées d'être une drogue d'initiation en raison de leurs propriétés et de la manière dont elles sont fumées. Parce qu'il agit comme un anesthésique de la partie postérieure de l'oropharynx, l'eugénol contenu dans les cigarettes aux clous de girofle réduit les aspects nocifs de l'usage du tabac. Il peut donc faciliter l'apprentissage des techniques en la matière, aussi bien l'inhalation classique que la technique d'inhalation profonde employée pour fumer de la marijuana. En outre, le parfum des cigarettes aux clous de girofle et la mystique associée à leur usage ont rendu ces cigarettes très populaires auprès des adolescents qui ne consomment pas de drogue et qui cherchent à se faire accepter par un groupe de consommateurs de drogue de leur âge et à participer aux expériences de ce groupe."⁷¹⁹

7.406 Une publication de 2003 de l'Institut national de la toxicomanie indique ce qui suit:

"Les cigarettes aux clous de girofle sont parfois qualifiées de "cigarettes d'apprentissage" et peuvent servir de produit d'"initiation" des jeunes à l'usage du tabac. L'enquête Monitoring the Future (MTF), réalisée par l'Institut de recherche sociale de l'Université du Michigan et financée par l'Institut national de la toxicomanie, suit l'évolution de l'usage de drogues, y compris l'usage de produits du tabac, chez les élèves de huitième, de dixième et de douzième année. En 2002, 2,6 pour cent des élèves de huitième année, 4,9 pour cent des élèves de dixième année et 8,4 pour cent des élèves de douzième année avaient fumé des cigarettes aux clous de girofle au cours des 12 mois précédents."⁷²⁰

⁷¹⁸ Guidotti & Laing, "Clove Cigarettes", *The Western Journal of Medicine* (août 1992) (pièce US-41), pages 537 et 538.

⁷¹⁹ Committee on Substance Abuse, "Hazards of Clove Cigarettes," *Pediatrics*, vol. 88, (1991) (pièce US-43), pages 395 et 396 (citant, entre autres, Guidotti *et al.*, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", *The Western Journal of Medicine* (août 1989)).

⁷²⁰ Susan Farrer, "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes", *National Institute on Drug Abuse (NIDA) Notes*, vol. 18, n° 2 (août 2003) (pièce US-42).

7.407 Une autre étude de 2003, publiée dans la revue *Pharmacology, Biochemistry and Behavior*, relève ce qui suit:

"En fait, les cigarettes aux clous de girofle sont qualifiées de "cigarettes d'apprentissage", ce qui implique qu'elles peuvent bel et bien être un produit d'initiation aux cigarettes classiques (Comité de la toxicomanie de l'Académie américaine de pédiatrie, 1991; Guidotti et Laing, 1992). Une proportion non négligeable de jeunes fumeurs des États-Unis consomment des cigarettes aux clous de girofle. Une enquête nationale réalisée en 1999 a permis de constater que 1,9 pour cent des collégiens et 5,8 pour cent des lycéens fumaient alors des cigarettes aux clous de girofle (CDCP, 2000)."⁷²¹

7.408 Dans un article de 2005 publié dans la revue *Health Affairs*, il est observé ce qui suit:

"Au plan interne, l'attrait des cigarettes aromatisées a longtemps été associé à des catégories de consommateurs spécifiques, en particulier les fumeurs jeunes et débutants. Par exemple, les recherches sur les consommateurs menées en 1984 par Brown et Williamson ont révélé que les personnes interrogées s'accordaient largement à reconnaître que les cigarettes aromatisées étaient beaucoup plus populaires parmi les jeunes fumeurs inexpérimentés.

[L]es cigarettes aromatisées peuvent favoriser l'initiation des jeunes et aider les jeunes fumeurs occasionnels à devenir des fumeurs quotidiens en réduisant ou en masquant l'âpreté et le goût naturels de la fumée de tabac et en rendant un produit toxique plus acceptable. ... en plus de promouvoir l'information du public et de prendre des mesures au niveau local face aux produits qui ciblent les jeunes, les responsables de l'élaboration des politiques devraient soutenir une législation interdisant aux fabricants d'ajouter aux produits du tabac ces arômes semblables à ceux des bonbons".⁷²²

7.409 Une étude de 2006 publiée dans la revue *American Journal of Public Health* fait état de ce qui suit:

"Des études récentes montrent que les trois produits aromatisés sont consommés principalement par les jeunes. Dans des enquêtes réalisées en 2004, il a été constaté que jusqu'à 20 pour cent des fumeurs âgés de 17 à 19 ans avaient consommé des cigarettes aromatisées au cours des 30 jours précédents, alors que 6 pour cent seulement des fumeurs âgés de plus de 25 ans avaient fumé l'un des trois types de produits aromatisés. La consommation était la plus répandue dans les tranches d'âge des 17 ans (19,6 pour cent), et des 18 à 19 ans (20,2 pour cent) et la moins répandue chez les fumeurs de plus de 40 ans. ... Ces données suscitent de graves

⁷²¹ Malson, *et al.*, "Clove Cigarette Smoking: Biochemical, Physiological, and Subjective Effects", *Pharmacology, Biochemistry and Behavior* 74(3): 739-45 (février 2003) (pièce US-44), pages 739 et 740 (citant American Academy of Pediatrics Committee on Substance Abuse. Hazards of clove cigarettes. *Pediatrics* 1991; 88:5- 6; Guidotti TL, Laing L. Clove cigarettes. *West J Med* 1992; 156:537- 8; Centers for Disease Control and Prevention (CDCP). Tobacco use among middle and high school students—United States, 1999. *Morb Mortal Weekly Rep* 2000; 49:49 – 53).

⁷²² Carrie M. Carpenter, *et al.*, "New Cigarette Brands with Flavors that Appeal to Youth: Tobacco Marketing Strategies", *Health Affairs*, vol. 24, n° 6 (novembre/décembre 2005) (pièce US-40), pages 1603 et 1608 (citant T.G. Sommers, "Topline: Alternate Cigarette Flavors", 18 janvier 1984, Bates n° 537004281–537004282, tobaccodocuments.org/bw/163368.html (23 août 2005); Wayne and Connolly, "How Cigarette Design Can Affect Youth Initiation into Smoking").

préoccupations au sujet des conséquences de ces produits sur le tabagisme chez les jeunes et les jeunes adultes.

Tout en reconnaissant que ces produits sont réellement attrayants pour les jeunes et que leur commercialisation, au minimum, tient compte de cet attrait, nous nous concentrerons au cours de la présente discussion sur la population cible déclarée de l'industrie du tabac, à savoir les adultes, et en particulier les jeunes adultes, qui servent de modèles aux jeunes. ... Cibler les jeunes adultes peut être perçu comme doublement profitable puisque cela permet à la fois de s'emparer du marché des 18 à 24 ans et d'influencer indirectement les adolescents, qui peuvent chercher à imiter leurs camarades plus âgés.

Bien qu'une grande partie de la controverse au sujet de ces cigarettes aromatisées ait été centrée sur leur capacité d'encourager l'expérimentation (tout en masquant le goût du tabac) chez les non-fumeurs, l'influence qu'elles peuvent avoir ne se limite pas à l'initiation à l'usage du tabac. Les produits dont nous traitons ici offrent toute une variété de goûts et de parfums alléchants qui peuvent inciter les fumeurs réguliers ou intermittents à continuer de fumer, faire échouer les tentatives de ceux qui souhaitent arrêter de fumer et pousser ceux qui ont arrêté de fumer à recommencer. Ces questions, elles aussi, sont à étudier.

Une disposition de la législation récemment proposée pour la réglementation du tabac par l'Agence des médicaments et des produits alimentaires prévoit d'interdire l'utilisation d'arômes autres que le menthol dans les cigarettes. D'autres mesures prescrivant un emballage ordinaire ou générique des produits du tabac pourraient, en normalisant le conditionnement et la conception de ces produits afin qu'ils soient identiques d'une marque à l'autre, limiter l'attrait de ces cigarettes aux emballages attractifs. Ces mesures protégeraient non seulement les jeunes, mais aussi d'autres groupes cibles potentiels, comme les jeunes adultes.⁷²³

7.410 Une publication de 2006 de l'American Lung Association (Association américaine de pneumologie) met en avant les préoccupations suivantes:

"[L]es données limitées qui existent sur ces nouveaux produits montrent que ceux-ci sont beaucoup plus populaires chez les jeunes fumeurs que chez les fumeurs plus âgés. En 2005, les chercheurs du Roswell Park Cancer Institute de Buffalo (État de New York) ont publié les résultats de plusieurs enquêtes réalisées en 2004 qui montraient que 20 pour cent des fumeurs âgés de 17 à 19 ans avaient fumé des cigarettes aromatisées au cours d'une période de 30 jours, contre seulement 6 pour cent des fumeurs de plus de 25 ans. En outre, 8,6 pour cent des élèves de neuvième année de la région occidentale de l'État de New York avaient essayé des cigarettes aromatisées au cours d'une période de 30 jours.

Un rapport de 1985 de R.J. Reynolds mentionnait ce qui suit: "Le goût sucré peut conférer une dimension gustative différente, à laquelle les jeunes adultes fumeurs sont réceptifs, comme en témoignent leurs choix gustatifs dans d'autres secteurs de produits." Un rapport de 1972 de Brown & Williamson proposait d'envisager la mise au point de cigarettes aromatisées au cola et à la pomme. Les auteurs proposaient en outre une cigarette à l'arôme sucré et formulaient l'observation suivante: "C'est un

⁷²³ Jane Lewis and Olivia Wackowski, "Dealing with an Innovative Industry: A Look at Flavored Cigarettes Promoted by Mainstream Brands", *American Journal of Public Health*, vol. 96, n° 2 (février 2006) (pièce US-33), pages 244 et 247 à 249.

fait bien connu que les adolescents aiment les produits sucrés. Le miel pourrait être envisagé".

[L]a solution politique au problème des cigarettes à l'arôme de bonbon et des autres produits du tabac aromatisés est très simple. Pour réduire leur attrait auprès des enfants, il faudrait éliminer la plupart des arômes des cigarettes et des autres produits du tabac.

Des données d'enquête préliminaires montrent que ces produits sont beaucoup plus attrayants pour les jeunes, ce qui, sachant qu'environ 90 pour cent des fumeurs commencent avant d'atteindre l'âge de 21 ans, devrait servir d'avertissement fort adressé aux responsables de l'élaboration des politiques."⁷²⁴

7.411 Une autre étude de 2006, publiée dans le *Journal of Agricultural and Food Chemistry*, fait observer que "l'eugénol, composé aromatique épicé présent dans les cigarettes aux clous de girofle, peut agir comme un anesthésique qui engourdit la gorge, facilitant l'inhalation de la fumée; de ce fait, les cigarettes aux clous de girofle ont été qualifiées de cigarettes d'apprentissage".⁷²⁵

7.412 Une étude de 2007, publiée dans la revue *Food & Chemical Toxicology*, conclut que "l'inhalation d'eugénol, analgésique connu, peut engourdir la gorge du fumeur, ce qui facilite l'initiation à un usage du tabac qui peut durer toute la vie" et présente l'observation suivante:

"Bien que la consommation de kreteks aux États-Unis ait diminué au milieu des années 1980 (Guidotti et al., 1987), des données récentes donnent à penser qu'une consommation importante de ces cigarettes persiste. Une enquête du CDC a permis de constater que 2,7 pour cent des lycéens sur l'ensemble du territoire des États-Unis fumaient régulièrement des kreteks (Allen et al., 2003). Selon d'autres études, jusqu'à 8,9 pour cent des collégiens et lycéens consommeraient toute leur vie des kreteks (Tercyak and Audrain, 2002) et jusqu'à 2,6 pour cent de ces mêmes collégiens et élèves en consommeraient régulièrement (Tercyak and Audrain, 2002; Soldz et al., 2003). Parmi les produits du tabac autres que les cigarettes, à savoir les bidis (tabac coupé, souvent aromatisé, roulé dans une feuille de tendu comme une cigarette), les cigares, les kreteks et le tabac sans fumée, la consommation des kreteks vient en deuxième place seulement après celle des cigares (Soldz et al., 2003)."⁷²⁶

7.413 L'une des études présentées par les États-Unis est un rapport élaboré en 2007 par un groupe d'étude de l'OMS et intitulé "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation" (Fondement

⁷²⁴ American Lung Association, Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada – the Marketing of Candy Flavored Cigarettes, page 1 (juillet 2005, updated mai 2006), <http://slati.lungusa.org/reports/CandyFlavoredUpdatedAlert.pdf> (pièce US-35), pages 2 à 4.

⁷²⁵ Stanfill SB, Brown CR, Yan XJ, Watson CH, Ashley DL, "Quantification of Flavor-Related Compounds in the Unburned Contents of Bidi and Clove Cigarettes", *J. Agric. Food Chem.* 2006, 54, 8580-8588 (pièce US-46), page 8581 (citant Guidotti, T. L.; Binder, S.; Stratton, J. W.; Schechter, F. G.; Jenkins, R. A., Clove cigarettes: development of the fad and evidence for health effects. In *Current Topics in Pulmonary Pharmacology and Toxicology*; Hollinger, M. A., Ed.; Elsevier: New York, 1987; vol. 2, pages 1 à 23.).

⁷²⁶ Polzin, et al., "Determination of eugenol, anethole, and coumarin in the mainstream cigarette smoke of Indonesian clove cigarettes", *Food & Chemical Toxicology* 45(10): 1948-53 (octobre 2007) (pièce US-45) (citant Allen, J.A., Vallone, D., Haviland, M.L., Heaton, C., Davis, K.C., Farrelly, M.C., Husten, C.G., Pechacek, T., 2003. Tobacco use among middle and high school students – United States, 2002. *MMWR* 52, 1096–1098; Tercyak, K.P., Audrain, J., 2002. Psychosocial correlates of alternate tobacco produce use during adolescence. *Prevent. Med.* 35, 193–198; Soldz, S., Huyser, D.J., Dorsey, E., 2003. Characteristics of users of cigars, bidis, and kreteks and the relationship to cigarette use. *Prevent. Med.* 37, 250–258.).

scientifique de la réglementation des produits du tabac).⁷²⁷ Ce groupe d'étude était composé de onze experts en la matière et était assisté par un secrétariat.⁷²⁸ Il était établi conformément à la Convention-cadre de l'OMS. Il recommande d'élaborer des règlements "afin d'interdire la fabrication et la commercialisation de produits du tabac ayant des arômes de bonbon ou des arômes exotiques qui ciblent les fumeurs jeunes et débutants".⁷²⁹ Le groupe d'étude a expliqué ce qui suit:

"Ces dernières années, les fabricants de tabac ont modifié qualitativement cette pratique en mettant sur le marché toute une série de produits du tabac aromatisés portant des marques spécifiques, y compris des cigarettes, des cigares, du tabac sans fumée, des kreteks (cigarettes aux clous de girofle), des bidis et du tabac pour pipe à eau (narguilé). La production et la promotion récentes des produits du tabac aromatisés sont très préoccupantes sur le plan de la santé publique. ... En masquant l'âpreté naturelle de la fumée, les arômes pourraient inciter les jeunes à faire l'expérience de produits du tabac. ... Les jeunes fumeurs inexpérimentés sont plus enclins à essayer les cigarettes aromatisées étant donné que les agents aromatisants alléchants ôtent à la fumée de tabac son âpreté et sa toxicité, rendant ces cigarettes plus attrayantes pour les fumeurs débutants."⁷³⁰

...

[L]es recherches publiées donnent à penser que les additifs aux arômes de bonbon sont un important facteur d'attraction des jeunes fumeurs inexpérimentés."⁷³¹

7.414 Les *Directives partielles* de l'OMS confirment notre interprétation. Comme nous l'avons indiqué plus haut⁷³², ces directives, "[s]'appuyant sur les *meilleures données scientifiques disponibles* et sur l'expérience des Parties"⁷³³, montrent qu'il existe un consensus croissant au sein de la communauté internationale en faveur d'un renforcement des politiques de lutte antitabac par une réglementation de la composition des produits du tabac, y compris les additifs qui rendent les cigarettes plus attractives et en améliorent le goût. À cet égard, les *Directives partielles* de l'OMS disposent que "[l]a réglementation des ingrédients visant à réduire l'attractivité des produits du tabac peut contribuer à abaisser la prévalence du tabagisme et de la dépendance tant chez les nouveaux consommateurs que chez les consommateurs habituels". Elles recommandent par conséquent, entre autres choses, que les "Parties ... réglement[ent], en la limitant ou en l'interdisant, l'utilisation d'ingrédients pouvant servir à améliorer le goût des produits du tabac".⁷³⁴ Les ingrédients ciblés incluent ceux qui sont utilisés pour améliorer le goût et parmi les ingrédients améliorant le goût qui sont énumérés dans les *Directives partielles* de l'OMS figurent des agents masquants, comme le menthol et des épices et extraits végétaux, qui incluent la menthe et peuvent viser les clous de girofle.

⁷²⁷ Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113).

⁷²⁸ Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), pages vii et viii.

⁷²⁹ Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 18.

⁷³⁰ Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 26.

⁷³¹ Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 100.

⁷³² Voir les paragraphes 7.229 à 7.231 ci-dessus.

⁷³³ *Directives partielles* de l'OMS, Section 1.1.

⁷³⁴ Le texte du projet de directives, qui a été adopté sans modification à la COP, peut être consulté en ligne à l'adresse http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_28draft-fr.pdf.

7.415 À notre avis, les éléments de preuve examinés ci-dessus parlent pratiquement d'eux-mêmes: il n'est pas exact, comme l'affirme l'Indonésie, que le fondement scientifique de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle et/ou d'autres cigarettes aromatisées consiste en une "seule ligne d'une seule étude".⁷³⁵ En revanche, il y a de nombreuses preuves scientifiques étayant la conclusion selon laquelle une interdiction des cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées pourrait contribuer à réduire le tabagisme chez les jeunes.

7.416 Nous notons que les éléments de preuve à l'effet contraire présentés par l'Indonésie ne font que renforcer encore la conclusion qui ressort des preuves scientifiques examinées ci-dessus. Nous trouvons étonnant qu'apparemment, l'Indonésie n'ait pu trouver qu'un expert scientifique qui exprime une opinion contradictoire, et cela uniquement sous la forme d'un article publié sur le propre blog de cet expert (par opposition à une revue médicale ou scientifique dont le contenu fait l'objet d'un examen par les pairs).⁷³⁶

Conclusion

7.417 Pour ces raisons, nous concluons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apportait pas de "contribution importante" à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. À notre avis, il y a "une véritable relation" entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause "pour ce qui est de la fin et des moyens".⁷³⁷

iv) *Question de savoir si l'Indonésie a démontré qu'il y avait des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif au niveau de protection recherché par les États-Unis*

7.418 Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a expliqué que si un groupe spécial constatait que la mesure en cause apportait une contribution importante à la réalisation de l'objectif, la question suivante consistait à déterminer s'il existait des mesures de rechange qui étaient moins restrictives pour le commerce et qui apporteraient une contribution équivalente:

"Afin de déterminer si une mesure est "nécessaire" au sens de l'article XX b) du GATT de 1994, un groupe spécial doit évaluer tous les facteurs pertinents, en particulier l'étendue de la contribution à la réalisation de l'objectif d'une mesure et le caractère restrictif de cette mesure pour le commerce, à la lumière de l'importance des intérêts ou des valeurs en jeu. Si cette analyse aboutit à une conclusion préliminaire selon laquelle la mesure est nécessaire, ce résultat doit être confirmé par une comparaison entre la mesure et les solutions de rechange possibles, qui peuvent être moins restrictives pour le commerce tout en apportant une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif poursuivi. Il appartient au Membre plaignant d'indiquer les solutions de rechange possibles pour remplacer la mesure en cause que le Membre défendeur aurait pu prendre."⁷³⁸

7.419 Nous ne voyons rien dans le texte, le contexte ou le but de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* qui donne à penser que cette disposition appelle une approche différente.

⁷³⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 99.

⁷³⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 102; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 16 (citant les opinions exprimées par M. Michael Siegel dans son blog sous le titre "FDA Commissioner Falsely Asserts that Flavored Cigarettes are a Gateway for Teen Smoking; Representative Waxman Also Makes the Same False Claim", Dr. Michael Siegel, disponible à l'adresse suivante: <http://www.tobaccoanalysis.blogspot.com/>, 24 juin 2010 (pièce IND-37).)

⁷³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 145.

⁷³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156.

7.420 En l'espèce, l'Indonésie fait valoir que même s'il s'avérait que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle a apporté une contribution à l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes, des mesures moins restrictives pour le commerce étaient raisonnablement applicables pour limiter la disponibilité de ces cigarettes auprès des jeunes.⁷³⁹ À cet égard, l'Indonésie passe en revue: i) les dispositions de la FSPTCA applicables aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires qui visent à réduire la capacité des cigarettiers de se livrer à des pratiques qui ciblent et attirent les jeunes⁷⁴⁰; ii) les mesures que la FSPTCA empêche expressément la FDA de prendre, qui réduiraient sensiblement le tabagisme chez les jeunes et ne seraient pas particulièrement restrictives pour le commerce⁷⁴¹; iii) certaines mesures non restrictives pour le commerce qui figurent dans l'accord d'expédition conclu en 2006 entre R.J. Reynolds et les *Attorneys General* de plusieurs États concernant de nouveaux produits qui, selon les allégations des défenseurs de la santé, ont été conçus et commercialisés pour attirer les jeunes⁷⁴²; iv) les mesures non restrictives pour le commerce adoptées par certains autres pays, y compris l'Australie et Singapour, afin de remédier au tabagisme chez les jeunes⁷⁴³; et v) diverses mesures énoncées dans la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac* qui visent à empêcher la vente de cigarettes aux mineurs.⁷⁴⁴

7.421 À notre avis, l'Indonésie n'a pas démontré qu'il y avait des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif au niveau de protection recherché par les États-Unis.

7.422 Premièrement et surtout, nous considérons que l'Indonésie n'a pas indiqué de manière appropriée la ou les mesures de rechange que les États-Unis auraient dû appliquer. Au lieu de cela, l'Indonésie se contente d'énumérer de nombreuses mesures différentes, principalement sous la forme de points. Plus précisément, l'Indonésie estime que remplacer l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle par les mesures moins restrictives pour le commerce ci-après⁷⁴⁵ apporterait une contribution équivalente, au niveau de protection recherché par les États-Unis:

- interdire toute publicité en plein air pour le tabac à moins de 300 mètres des écoles et aires de jeux⁷⁴⁶;
- interdire tous les parrainages restants de manifestations sportives et de spectacles par des marques de tabac⁷⁴⁷;
- interdire la distribution gratuite de tout article ne contenant pas de tabac à l'achat d'un produit du tabac⁷⁴⁸;
- limiter au seul texte en noir et blanc la publicité présente dans les publications qui ont un important lectorat d'adolescents, ainsi que la publicité faite en plein air et sur les points de vente, à l'exception des locaux réservés aux adultes⁷⁴⁹;

⁷³⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 104 à 111.

⁷⁴⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

⁷⁴¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.

⁷⁴² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 108.

⁷⁴³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁴⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.

⁷⁴⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

⁷⁴⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

⁷⁴⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

⁷⁴⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

⁷⁴⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

- limiter les distributeurs automatiques et les présentoirs en libre-service aux locaux réservés aux adultes⁷⁵⁰;
- demander aux détaillants de vérifier l'âge pour tous les produits en vente libre et prévoir au niveau fédéral des mesures d'exécution et des sanctions à l'encontre des détaillants qui vendent à des mineurs⁷⁵¹;
- porter à 19 ans l'âge légal requis pour acheter des produits du tabac⁷⁵²;
- restreindre les ventes de cigarettes aux lieux réservés aux adultes⁷⁵³;
- prohiber l'utilisation de termes ou d'images liés aux fruits, bonbons ou boissons alcooliques dans le nom de la marque, l'emballage, la publicité imprimée (ailleurs que dans un lieu réservé aux adultes), les promotions directes par courrier postal ou électronique et la publicité sur le Web⁷⁵⁴;
- conférer à la FDA le pouvoir d'approuver toutes nouvelles marques et étiquettes et tous nouveaux emballages de tabac⁷⁵⁵;
- interdire presque toutes les publicités pour le tabac et interdire aux sociétés productrices de tabac de parrainer des manifestations⁷⁵⁶;
- interdire la distribution gratuite d'articles promotionnels en liaison avec l'achat de produits du tabac⁷⁵⁷;
- limiter l'exposition des produits du tabac⁷⁵⁸;
- soumettre l'emballage à des prescriptions rigoureuses⁷⁵⁹;
- imposer des mises en garde sanitaires⁷⁶⁰;
- infliger des amendes à ceux qui fument alors qu'ils n'ont pas l'âge légal de le faire⁷⁶¹;
- interdire à certains détaillants, y compris les magasins de produits de santé, les établissements destinés aux jeunes, comme les salles de jeux électroniques, et les stations-service, de vendre des produits du tabac, afin de rendre ceux-ci moins accessibles aux jeunes⁷⁶²;

⁷⁵⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

⁷⁵¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

⁷⁵² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.

⁷⁵³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.

⁷⁵⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 108.

⁷⁵⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 108.

⁷⁵⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁵⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁵⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁵⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁶⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁶¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁶² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

- retirer leur licence dès la première infraction aux buralistes surpris à vendre à des acheteur n'ayant pas l'âge légal⁷⁶³;
- n'autoriser la vente de cigarillos (minicigares) que par paquets de 20 plutôt que de dix, afin de rendre le prix excessif pour les jeunes acheteurs)⁷⁶⁴;
- interdire les cigarettes à l'arôme de bonbon, mais pas les cigarettes aux clous de girofle⁷⁶⁵;
- interdire de vendre des produits du tabac en rendant ceux-ci directement accessibles, par exemple sur les étagères des magasins⁷⁶⁶;
- interdire la fabrication et la vente de confiseries, en-cas, jouets ou autres objets ayant la forme de produits du tabac attrayants pour les mineurs⁷⁶⁷;
- s'assurer que les distributeurs automatiques de produits du tabac placés sous sa juridiction ne soient pas accessibles aux mineurs et ne fassent pas de promotion pour la vente de ces produits aux mineurs⁷⁶⁸;
- interdire la distribution gratuite de produits du tabac au public et surtout aux mineurs⁷⁶⁹; et/ou
- interdire la vente de cigarettes à la pièce ou par petits paquets, ce qui facilite l'accès de ces produits aux mineurs.⁷⁷⁰

7.423 À notre avis, le simple fait d'énumérer ainsi deux douzaines de mesures de rechange possibles est insuffisant pour établir des éléments *prima facie*. Il semble assez clair que chacune de ces mesures serait moins restrictive pour le commerce que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Le problème est que le simple fait d'énumérer deux douzaines de mesures de rechange, sans plus, ne montre pas que ces mesures apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif au niveau de protection recherché par les États-Unis. Nous notons en outre que l'Indonésie ne précise pas si c'est l'une quelconque de ces mesures, ou une combinaison de ces mesures, ou l'ensemble de ces mesures, qui constituerait la (les) mesure(s) de rechange.

7.424 En outre, il apparaît que chacune des mesures de rechange proposées par l'Indonésie présente, en comparaison de l'interdiction pure et simple actuellement en place, un risque plus important de non-réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. Pour analyser l'existence de mesures de rechange, nous sommes tenus, aux termes de l'article 2.2, de tenir compte "des risques que la non-réalisation entraînerait". Ainsi, l'article 2.2 laisse entendre que si un moyen de rechange permettant de réaliser l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes présentait "des risques de non-réalisation" plus importants, ce moyen pourrait ne pas être une mesure de rechange légitime. Cela est conforme à la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994, selon laquelle la question pertinente, comme nous l'avons expliqué plus haut, est de savoir s'il y a une ou plusieurs mesures de rechange qui apporteraient une contribution "équivalente" à la

⁷⁶³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁶⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁶⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

⁷⁶⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.

⁷⁶⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.

⁷⁶⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.

⁷⁶⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.

⁷⁷⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.

réalisation de l'objectif au niveau recherché. À notre avis, dans le cas où une mesure de rechange entraînerait un risque plus important de non-réalisation de l'objectif, il serait difficile de constater que cette mesure apporterait une contribution "équivalente" à la réalisation de l'objectif, au niveau de protection recherché.

7.425 Cependant, même si la liste de mesures de rechange dressée par l'Indonésie est suffisante pour établir des éléments *prima facie*, nous considérons que les États-Unis ont réfuté ces éléments en faisant observer que nombre des mesures de rechange proposées par l'Indonésie étaient déjà en place sur leur territoire.⁷⁷¹ Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, le groupe spécial a rejeté un certain nombre des mesures de rechange proposées par le plaignant, au motif qu'elles étaient déjà partiellement en place. L'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle "les mesures de rechange possibles indiquées par les Communautés européennes pour éviter la production de pneumatiques de rebut ne pourraient pas "être appliquées en remplacement" de l'interdiction d'importer mais étaient plutôt des mesures complémentaires que le Brésil *appliquait déjà, au moins en partie*".⁷⁷²

7.426 En outre, nous considérons que l'Indonésie s'appuie à tort sur les mesures non restrictives pour le commerce adoptées, selon ses allégations, par certains autres pays, y compris l'Australie et Singapour, pour remédier au tabagisme chez les jeunes. En particulier, l'Indonésie n'a fourni que certaines références sélectives aux pratiques de quelques autres pays, sans mentionner les autres Membres qui ont interdit les cigarettes aux clous de girofle. Ce qui est plus important, toutefois, c'est qu'il n'est pas évident que les lois mises en œuvre à ce jour par d'autres pays doivent servir de sorte de point de repère pour les États-Unis ou tout autre Membre souverain de l'OMC, en particulier quand l'Indonésie n'a pas établi les objectifs de ces mesures étrangères ni le niveau auquel lesdites mesures réalisaient leurs objectifs respectifs, et n'a pas non plus établi que les objectifs des mesures étrangères étaient les mêmes que l'objectif des États-Unis, ni que les pays étrangers cherchaient à réaliser cet objectif au même niveau que les États-Unis cherchaient à le faire.

7.427 Enfin, bien qu'une interdiction des cigarettes aromatisées ne compte pas parmi les diverses mesures énoncées dans la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac* elle-même, nous rappelons que prohiber la vente de cigarettes aromatisées est en fait l'une des mesures qui sont désormais recommandées dans les *Directives partielles* de l'OMS.

7.428 Nous concluons par conséquent que l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.

e) Conclusion générale relative à l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*

7.429 Nous avons commencé par définir une analyse en deux étapes afin de structurer notre examen de l'allégation présentée par l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. La première étape de notre analyse a consisté à examiner si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle poursuivait un "objectif légitime". La deuxième étape a consisté à examiner si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait).

⁷⁷¹ Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 316; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 165; réponse des États-Unis à la question n° 109 c) du Groupe spécial.

⁷⁷² Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 159 (pas d'italique dans l'original).

7.430 Au terme de la première étape de notre analyse, nous avons conclu i) que l'Indonésie avait démontré que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était de réduire le tabagisme chez les jeunes; et ii) que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était "légitime". Par conséquent, nous avons conclu que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle poursuivait un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

7.431 Au terme de la deuxième étape de notre analyse, nous avons conclu: i) que la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 était pertinente pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" figurant à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*; ii) que l'Indonésie n'avait pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépassait le "niveau de protection" recherché par les États-Unis; iii) que l'Indonésie n'avait pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apportait pas de "contribution importante" à l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes; et iv) que l'Indonésie n'avait pas démontré qu'il y avait des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif au niveau de protection recherché par les États-Unis. Par conséquent, nous avons conclu que l'Indonésie n'avait pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.

7.432 Pour ces raisons, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par l'article 907 a) 1) A) était plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. En conséquence, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

G. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.5 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.433 L'**Indonésie** allègue qu'en n'apportant pas une "réponse complète" à ses questions, reproduites dans le document G/TBT/W/323, au sujet de la justification de l'article 907 a) 1) A), les États-Unis ne se sont pas acquittés de leur obligation au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.⁷⁷³ Initialement, l'Indonésie a également inclus dans son allégation de violation le manquement allégué des États-Unis à l'obligation de se référer aux termes de l'article 2.2, 2.3 et 2.4 de l'*Accord OTC* dans leur réponse orale à l'Indonésie lors de la réunion du Comité OTC des 5 et 6 novembre 2009.⁷⁷⁴ Toutefois, en réponse à une question du Groupe spécial, l'Indonésie a concédé qu'un Membre n'était pas tenu de citer nommément chaque article de l'*Accord OTC* dans sa réponse pour satisfaire aux obligations au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.⁷⁷⁵ En conséquence, l'Indonésie considère que la seule question litigieuse dont le Groupe spécial est saisi est celle de savoir si les États-Unis ont donné une explication en temps voulu comme le prescrit l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.⁷⁷⁶

7.434 D'après l'Indonésie, en deux occasions⁷⁷⁷ après la signature de la FSPTCA, mais avant l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) (le 22 septembre 2009), elle a demandé aux États-Unis de répondre

⁷⁷³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 132.

⁷⁷⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 132.

⁷⁷⁵ Réponse de l'Indonésie à la question n° 68 du Groupe spécial, paragraphe 137.

⁷⁷⁶ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 163; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.

⁷⁷⁷ D'après l'Indonésie, la première occasion a eu lieu le 20 août 2009 et la seconde le 27 août 2009.

aux questions posées dans le document G/TBT/W/323⁷⁷⁸ qui devaient permettre de comprendre pourquoi, sous le prétexte de protéger les adolescents contre le tabagisme, ils interdiraient un type de cigarette que les adolescents fumaient rarement (à savoir, les cigarettes aux clous de girofle), mais pas un type de cigarette sur lequel "ils se jettent littéralement en masse" (à savoir, les cigarettes mentholées).⁷⁷⁹ L'Indonésie explique que son allégation au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* n'est

⁷⁷⁸ Les questions étaient les suivantes:

"Concernant l'article 907 de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial, le gouvernement indonésien demande également aux États-Unis de répondre aux questions suivantes:

a) L'article 907 interdit que les cigarettes ou l'un quelconque de leurs composants contiennent un arôme naturel ou artificiel (autre que le tabac et le menthol), une herbe ou une épice. Pourquoi le menthol est-il l'unique arôme, herbe ou épice exclu du champ de cette disposition?

b) Nous savons que la production de cigarettes aux clous de girofle est une industrie importante en Indonésie. Ces cigarettes sont-elles également fabriquées aux États-Unis?

c) L'article 907 dispose en outre que la prohibition d'un arôme ou d'une herbe ou épice naturel ou artificiel s'applique s'il s'agit d'un "arôme caractéristique" du produit du tabac ou de la fumée de tabac. Cependant, le projet de loi ne précise pas quels composants d'une cigarette constituent un "arôme caractéristique". Comment la FDA envisage-t-elle d'interpréter le concept d'"arôme caractéristique"?

d) Les cigarettes contiennent beaucoup d'ingrédients autres que le tabac. En vertu de l'article 907, comment sera-t-il possible de faire la différence entre certains "ingrédients" et les "arômes caractéristiques"?

e) Le menthol est un arôme artificiel dérivé de la menthe, qui est clairement une herbe ou épice. Les États-Unis estiment-ils que les cigarettes mentholées relèveraient des dispositions de l'article 907 et seraient prohibées en l'absence de l'exception prévue par le projet de loi?

f) Physiquement, les cigarettes aux clous de girofle comme les cigarettes mentholées contiennent du tabac ainsi qu'un additif aromatisant d'origine végétale aux propriétés adoucissantes. L'utilisation finale des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées est la même, les deux servant à fumer du tabac. Les États-Unis estiment-ils que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires?

g) L'un des objectifs principaux du projet de loi, comme indiqué dans les constatations, est de réduire les effets du tabagisme chez les jeunes. Selon ces mêmes constatations, il est nécessaire de réglementer davantage les produits du tabac et leur commercialisation afin d'empêcher les mineurs de se procurer des cigarettes. Cependant, les éléments de preuve dont nous disposons indiquent que les jeunes fument beaucoup plus de cigarettes mentholées que de cigarettes aux clous de girofle. Avez-vous connaissance de données qui, au contraire, indiquent que les cigarettes aux clous de girofle sont davantage consommées par les jeunes que les cigarettes mentholées?

h) L'OMC autorise bien les Membres à prendre des mesures pour protéger la santé des personnes mais ces mesures doivent être fondées sur des principes scientifiques rigoureux. Avez-vous connaissance d'études scientifiques démontrant que les cigarettes aux clous de girofle sont plus nocives pour la santé que les cigarettes mentholées?

i) Plusieurs des autres cigarettes aromatisées qui seraient interdites par l'article 907 (par exemple celles à la cerise, à la fraise, au chocolat) ont été fabriquées et commercialisées pour attirer les jeunes. Les cigarettes aux clous de girofle sont vendues depuis des décennies et ne ciblent pas les jeunes; elles sont surtout vendues dans des débits de tabac spécialisés. Avez-vous connaissance de publicités particulières pour les cigarettes aux clous de girofle qui sont considérées comme ciblant ou attirant les jeunes?

j) Les cigarettes aromatisées autres que les mentholées sont interdites en vertu de l'article 907. Les cigarettes mentholées feront l'objet d'une étude et d'une réglementation de la FDA. Pourquoi est-il nécessaire d'interdire les autres cigarettes aromatisées et seulement d'étudier et de réglementer les cigarettes mentholées?"

⁷⁷⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 130.

pas que les États-Unis n'ont pas répondu à chacune des questions qui leur étaient posées.⁷⁸⁰ Elle fait valoir que, lorsque les États-Unis ont été priés de "justifier" l'article 907 a) 1) A), ils étaient tenus par l'article 2.5 de l'*Accord OTC* d'indiquer les preuves scientifiques ou autres étayant l'adoption de la mesure.⁷⁸¹ L'Indonésie soutient que le fait de l'informer que l'article 907 a) 1) A) était destiné à protéger la santé publique, et en particulier la santé des jeunes Américains, touchait, tout au plus, à l'objectif de la disposition, mais que cela n'éclairait en rien la mesure elle-même et n'apportait aucune "donnée scientifique ou technique" concernant les risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait.⁷⁸²

7.435 L'Indonésie affirme qu'elle n'a jamais reçu de réponse complète de la part des États-Unis, en dehors du fait qu'ils ne lèveraient pas l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle et qu'ils avaient identifié plusieurs risques pour la santé des personnes présentés par ces cigarettes.⁷⁸³ Selon l'Indonésie, les États-Unis admettent qu'elle leur a demandé de "justifier" l'article 907 a) 1) A) au sens de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.⁷⁸⁴

7.436 L'Indonésie soutient qu'il "ne peut être juste" qu'un Membre s'acquitte de l'obligation au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* "en enjoignant simplement un Membre à lire la mesure pour laquelle une explication et une justification sont demandées".⁷⁸⁵ Selon elle, si tel était le cas, l'article 2.5 de l'*Accord OTC* serait largement vidé de son sens.⁷⁸⁶ L'Indonésie fait valoir que la FSPTCA et l'historique de son élaboration ne fournissaient pas les preuves scientifiques ou autres qu'elle recherchait.⁷⁸⁷

7.437 L'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) a eu un effet notable sur son commerce, étant donné que plus de six millions d'Indonésiens vivent de la production de cigarettes aux clous de girofle et que, durant la seule année 2008, ses exportations de cigarettes aux clous de girofle vers les États-Unis se sont chiffrées à plus de 15 millions de dollars EU.⁷⁸⁸ L'Indonésie estime que la non-justification de l'article 907 a) 1) A) par les États-Unis lui a porté préjudice en compromettant sa capacité de présenter une réfutation fondée sur des faits concernant toutes les préoccupations spécifiques relatives aux cigarettes aux clous de girofle pendant le processus législatif.⁷⁸⁹ Selon l'Indonésie, le fait de ne pas connaître les justifications scientifiques ou techniques de la mesure ni les vues des États-Unis concernant les risques que la non-réalisation de la mesure entraînerait ne lui a pas laissé d'autre choix que de deviner quelles pouvaient être ces préoccupations. L'Indonésie affirme que le refus des États-Unis de fournir des renseignements comme le prescrit l'article 2.5 de l'*Accord OTC* donne à penser que ces renseignements n'existent pas. L'Indonésie "soupçonne" que, si les États-Unis disposaient de renseignements selon lesquels les cigarettes aux clous de girofle incitaient les jeunes à fumer en nombre important, ils se seraient empressés de les faire connaître.⁷⁹⁰

⁷⁸⁰ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 165.

⁷⁸¹ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 169.

⁷⁸² Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 168; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145; réponse de l'Indonésie à la question n° 68 du groupe spécial, paragraphe 138.

⁷⁸³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 130 et 131.

⁷⁸⁴ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 163.

⁷⁸⁵ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 170.

⁷⁸⁶ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 170; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.

⁷⁸⁷ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 170.

⁷⁸⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 129.

⁷⁸⁹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145; réponse de l'Indonésie à la question n° 70 du Groupe spécial.

⁷⁹⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 70 du Groupe spécial, paragraphe 143.

7.438 Les **États-Unis** affirment que l'Indonésie n'a jamais invoqué l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, ni demandé une justification de l'article 907 a) 1) A) au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4.⁷⁹¹ Pour les États-Unis, il n'est donc "pas surprenant" qu'en réponse à la demande d'explication de l'Indonésie, ils ne se soient pas référés à ces dispositions.⁷⁹² En outre, les États-Unis affirment que, contrairement à ce que l'Indonésie soutient, ils ont pleinement justifié l'article 907 a) 1) A)⁷⁹³, et que l'Indonésie n'a pas démontré qu'ils avaient agi d'une manière incompatible avec l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.⁷⁹⁴

7.439 Les États-Unis font valoir que l'article 2.5 de l'*Accord OTC* exige seulement d'un Membre qu'il justifie un règlement technique lorsqu'un autre Membre pose des questions au sujet de la mesure, et n'impose pas au Membre interrogé de répondre à "chaque question spécifique et détaillée" qu'il reçoit, y compris des questions sans rapport avec l'article 2.2, 2.3 ou 2.4 de l'*Accord OTC*.⁷⁹⁵ Selon les États-Unis, l'Indonésie a également tort lorsqu'elle soutient que l'article 2.5 de l'*Accord OTC* impose aux Membres importateurs de fournir, en substance, "une analyse juridique complète" de chaque élément et de communiquer au Membre exportateur toutes les données scientifiques correspondantes.⁷⁹⁶

7.440 Les États-Unis estiment qu'ils se sont conformés à l'article 2.5 de l'*Accord OTC* en expliquant à l'Indonésie les objectifs et la justification de l'article 907 a) 1) A) en trois occasions au moins. Ils rappellent que, pour s'acquitter de leur obligation, ils avaient tout d'abord organisé des discussions bilatérales avec l'Indonésie à Genève, le 27 août 2009. Les autorités des États-Unis ont rencontré de nouveau l'Ambassadeur indonésien pour évoquer les préoccupations de l'Indonésie la semaine suivant la réunion des ministres du commerce en Inde. Enfin, les délégations des deux pays ont encore abordé la question à la réunion du Comité OTC de novembre 2009.⁷⁹⁷ Selon les États-Unis, il ressort

⁷⁹¹ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 87.

⁷⁹² Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 87.

⁷⁹³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 282 et 283.

⁷⁹⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 285. Le compte rendu de la réunion du Comité OTC de novembre 2009 est libellé comme suit:

"Le représentant des États-Unis a indiqué que les États-Unis ne lèveraient pas l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, car le gouvernement Obama attachait un degré de priorité élevé à la protection de la santé des Américains, et en particulier des jeunes. Les autorités sanitaires des États-Unis étaient en faveur d'une interdiction des cigarettes aux clous de girofle pour protéger la santé publique. Ces cigarettes plaisaient particulièrement aux jeunes et constituaient un "produit d'appel" qui pouvait les conduire à fumer des cigarettes normales. En particulier, avec les cigarettes aux clous de girofle, les nouveaux fumeurs commençaient à fumer plus facilement parce qu'elles masquaient l'âcreté de la fumée de cigarette et, comme d'autres arômes fruitiers interdits, pouvaient faciliter le passage à l'addiction. Il était également avéré que ces cigarettes pouvaient poser des risques sanitaires supplémentaires par rapport aux cigarettes classiques. Quant à l'allégation de discrimination, l'intervenant a souligné qu'il existait, sur les plans de la consommation, de l'usage et de l'épidémiologie, d'importantes différences qui faisaient que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées n'étaient pas comparables. L'[Agence] des produits alimentaires et des médicaments des États-Unis (FDA) avait établi un Comité consultatif scientifique qui soutiendrait de nouvelles études sur les cigarettes mentholées avant de décider d'une mesure appropriée de santé publique. La délégation des États-Unis était disposée à discuter plus avant de la question avec l'Indonésie afin de permettre aux régulateurs indonésiens de mieux comprendre le fondement scientifique de la mesure prise."

Comité OTC, *Compte rendu de la réunion des 5 et 6 novembre 2009*, G/TBT/M/49, paragraphe 7 (décembre 2009). Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 281.

⁷⁹⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 279. Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 87.

⁷⁹⁶ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 88.

⁷⁹⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 280.

du compte rendu de cette réunion⁷⁹⁸ que leur représentant a indiqué que, compte tenu du degré de priorité élevé que le gouvernement Obama attachait à la protection de la santé des Américains (en particulier des jeunes), l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne serait pas levée. Les États-Unis font valoir que, comme ils l'ont expliqué lors de la réunion, les cigarettes aux clous de girofle présentent un attrait particulier pour les jeunes et constituent un "produit pour débutant" qui peut les conduire à fumer des cigarettes ordinaires. En particulier, les cigarettes aux clous de girofle facilitent les débuts des nouveaux fumeurs. Les États-Unis font aussi valoir que, lors de cette réunion, leur représentant a expliqué qu'il existait des éléments de preuve indiquant que les cigarettes aux clous de girofle pouvaient poser des risques sanitaires supplémentaires par rapport aux cigarettes classiques.⁷⁹⁹

7.441 En outre, les États-Unis affirment que la FSPTCA apporte la pleine justification de la mesure dans ses premiers articles, laquelle est encore étayée par l'historique de son élaboration.⁸⁰⁰ Selon les États-Unis, l'explication de la FSPTCA, ses buts et l'historique de son élaboration sont désormais et étaient facilement accessibles.⁸⁰¹ Les États-Unis soutiennent que l'Indonésie a tort de faire valoir que l'article 2.5 de l'*Accord OTC* serait largement vidé de son sens si l'explication donnée dans le texte de la mesure elle-même et dans l'historique de l'élaboration de l'article 907 a) 1) A) pouvait être prise en considération pour évaluer si un Membre s'est acquitté de son obligation au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.⁸⁰² Les États-Unis font valoir que le fait que bon nombre des renseignements dont l'Indonésie a, d'après ses allégations, besoin étaient "déjà facilement accessibles" – et "sans aucun doute examinés par l'Indonésie" – "est certainement pertinent" pour l'allégation de l'Indonésie.⁸⁰³

7.442 Les États-Unis soutiennent que l'Indonésie a tort lorsqu'elle allègue qu'elle a subi un préjudice.⁸⁰⁴ Selon eux, l'Indonésie a eu d'amples possibilités dont, pour autant qu'ils le sachent, elle a pleinement tiré parti, d'exprimer ses vues aux responsables gouvernementaux des États-Unis. Les États-Unis font valoir que le libellé de l'article 907 a) 1) A) est resté fondamentalement inchangé depuis sa rédaction en 2004, et qu'il avait été notoire pendant un certain temps que son but sous-jacent était, en partie, d'éliminer les produits qui présentaient un attrait pour les jeunes. Les États-Unis soutiennent que, si l'Indonésie considérait qu'il n'y avait pas de preuves scientifiques suffisantes à l'appui de l'interdiction, elle avait la possibilité de fournir des arguments fondés sur des faits à ce sujet.⁸⁰⁵

7.443 En conséquence, du point de vue des États-Unis, l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.5 se résume à l'expression de son insatisfaction face à l'explication qu'ils lui ont fournie.⁸⁰⁶

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.444 La question dont le Groupe spécial est saisi consiste donc à savoir si les États-Unis n'ont pas justifié l'article 907 a) 1) A) au regard de l'article 2.2, 2.3 et 2.4 de l'*Accord OTC*, lorsque l'Indonésie le leur a demandé, comme l'exige l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Selon l'Indonésie, la seule question

⁷⁹⁸ Comité OTC, *Compte rendu de la réunion des 5 et 6 novembre 2009*, G/TBT/M/49, paragraphe 7 (décembre 2009).

⁷⁹⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 281.

⁸⁰⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 282 et 283.

⁸⁰¹ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 85.

⁸⁰² Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 89 et 90.

⁸⁰³ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 90.

⁸⁰⁴ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 86.

⁸⁰⁵ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 91.

⁸⁰⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 284.

litigieuse dont le Groupe spécial est saisi à cet égard est celle de savoir si les États-Unis ont fourni une explication en temps voulu comme le prescrit l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.⁸⁰⁷

7.445 Comme pour les autres dispositions en cause dans le présent différend, nous sommes confrontés à une situation sans précédent, puisqu'aucun rapport antérieur de l'Organe d'appel ou de groupe spécial n'a interprété l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Nous commencerons donc par examiner la disposition juridique en cause pour déterminer le critère juridique applicable.

b) Disposition juridique en cause

7.446 L'article 2.5 de l'*Accord OTC* dispose ce qui suit:

"Lorsqu'il élaborera, adoptera ou appliquera un règlement technique pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, un Membre justifiera, si un autre Membre lui en fait la demande, ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4. Chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international."

7.447 Nous notons que l'article 2.5 est composé de deux phrases: la première concerne la justification que les Membres sont tenus d'apporter, si un autre Membre leur en fait la demande, concernant leurs règlements techniques; la seconde établit une présomption réfutable de conformité avec la première phrase de l'article 2.2 des règlements techniques qui sont élaborés, adoptés ou appliqués en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés à l'article 2.2 et qui sont conformes aux normes internationales pertinentes. L'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* concerne uniquement la première phrase.

7.448 La première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* oblige donc tout Membre qui élabore, adopte ou applique un règlement technique pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres à justifier, si un autre Membre lui en fait la demande, ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4 de l'article 2 de l'*Accord OTC*.

7.449 Nous observons que la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* énonce quatre éléments qui doivent être présents: i) le Membre en question "élabor[e], adopt[e] ou appliqu[e] un règlement technique"; ii) cette mesure "[peut] avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres"; iii) une "demande" est faite par "un autre Membre"; et iv) le Membre en question doit "justifie[r] ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2.

7.450 Plutôt que d'examiner ces éléments selon leur ordre d'apparition dans la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, il nous semble que la question liminaire à laquelle nous devrions répondre est celle de savoir si l'Indonésie a effectivement *demandé* aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4, *conformément* à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. En effet, en l'absence d'une telle demande, l'obligation de justifier l'article 907 a) 1) A) ne s'appliquerait pas.

⁸⁰⁷ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 163; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.

- c) Question de savoir si l'Indonésie a demandé aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*

7.451 Nous allons donc procéder à notre analyse en commençant par examiner si l'Indonésie a demandé aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.

7.452 L'Indonésie fait valoir qu'elle a posé des questions aux États-Unis en deux occasions entre la signature de la FSPTCA et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) le 22 septembre 2009.⁸⁰⁸ L'Indonésie allègue qu'elle a demandé pour la première fois une justification de l'article 907 a) 1) A) le 17 août 2009. Ce jour-là, l'Indonésie a posé une série de questions aux États-Unis dans le document G/TBT/W/323, distribué le 20 août 2009, par l'intermédiaire du Comité OTC. La seconde demande a été faite pendant les discussions bilatérales informelles organisées le 27 août 2009 à Genève, au cours desquelles l'Indonésie a posé aux États-Unis essentiellement les mêmes questions que celles reproduites dans le document G/TBT/W/323.⁸⁰⁹ Après l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), l'Indonésie a de nouveau fait part des préoccupations qu'elle avait exprimées dans les questions reproduites dans le document G/TBT/W/323 à la réunion du Comité OTC des 5 et 6 novembre 2009.⁸¹⁰

7.453 Les États-Unis répondent que l'Indonésie n'a jamais invoqué l'article 2.5 de l'*Accord OTC* ni demandé une justification de l'article 907 a) 1) A) au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4.⁸¹¹ Parallèlement, ils soutiennent qu'ils ont agi d'une manière compatible avec l'article 2.5, ont expliqué les objectifs et présenté une justification de la promulgation de la mesure.⁸¹²

7.454 Nous notons que le document G/TBT/W/323 auquel l'Indonésie se réfère commence par un long exposé des motifs pour lesquels l'Indonésie juge que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec un certain nombre de dispositions des accords visés. À ce sujet, nous relevons que l'Indonésie mentionne les articles 2, 3, 5 et 7 de l'*Accord SPS*, les articles 2 et 12 de l'*Accord OTC* et les articles III et XXIII du GATT de 1994.

7.455 Comme les États-Unis le soulignent, il n'est pas fait mention de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* dans le document G/TBT/W/323. Il n'y a pas non plus de demande faite aux États-Unis visant à ce qu'ils "justifie[nt] [l'article 907 a) 1) A)] au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*".

7.456 En l'absence de toute référence à l'article 2.5 de l'*Accord OTC* ou même à une demande de justification de l'article 907 a) 1) A) "au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*", surtout alors qu'il y avait des références spécifiques et expresses à de nombreuses autres dispositions d'autres accords visés, comme l'*Accord SPS*, il est concevable que les États-Unis n'aient pas compris que les questions posées par l'Indonésie dans le document G/TBT/W/323 constituaient une demande conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.

7.457 Nous allons néanmoins examiner le fond des questions elles-mêmes afin de déterminer si les États-Unis auraient pu comprendre qu'elles constituaient une demande conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Autrement dit, nous examinerons si l'Indonésie a implicitement présenté une demande au titre de l'article 2.5. Pour ce faire, nous examinerons si l'objet des questions en cause se rapporte à des aspects régis par les paragraphes 2 à 4 de l'article 2 de l'*Accord OTC*. De ce fait, il peut être utile de rappeler le libellé de ces paragraphes:

⁸⁰⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 130.

⁸⁰⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 130.

⁸¹⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 131.

⁸¹¹ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 87.

⁸¹² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 280.

"2.2 Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits.

2.3 Les règlements techniques ne seront pas maintenus si les circonstances ou les objectifs qui ont conduit à leur adoption ont cessé d'exister ou ont changé de telle sorte qu'il est possible d'y répondre d'une manière moins restrictive pour le commerce.

2.4 Dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux."

7.458 Compte tenu des faits en l'espèce et de l'absence de toutes "normes internationales pertinentes", il n'apparaît pas que le paragraphe 4 présente une quelconque pertinence.⁸¹³ Il semble en aller de même pour le paragraphe 3, car il concerne le maintien d'une mesure dans le cas où les circonstances ou les objectifs ont changé, et l'Indonésie se plaint de l'absence alléguée de réponse des États-Unis au sujet d'une mesure qui n'était pas encore entrée en vigueur (les deux premières fois où des questions ont été posées) ou venait juste d'entrer en vigueur (la troisième fois mentionnée par l'Indonésie). C'est pourquoi, au vu des arguments et éléments de preuve présentés par les parties, le seul paragraphe qui pourrait se rapporter à la justification par les États-Unis de l'article 907 a) 1) A) serait le paragraphe 2.

7.459 Nous relevons qu'il apparaît qu'un certain nombre de questions posées par l'Indonésie sont sans lien avec l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Par exemple, la question f) concerne les "produits similaires", qui relèvent de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Nous rappelons que l'Indonésie fait valoir dans le document G/TBT/W/323 que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec un certain nombre de dispositions de l'*Accord SPS* et du GATT de 1994. Ainsi les questions posées non seulement ne se rapportent pas exclusivement aux paragraphes 2 à 4 de l'article 2 de l'*Accord OTC*, mais se rapportent à des dispositions d'autres accords visés.

7.460 Considérant le fait que les questions en cause se rapportent à divers aspects régis par des dispositions des accords visés autres que l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, ainsi que l'absence de toute référence à l'article 2.5 de l'*Accord OTC* ou même à une demande de justification de l'article 907 a) 1) A) "au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*", nous concluons que l'Indonésie

⁸¹³ En réponse à une question du groupe spécial, les deux parties sont convenues qu'il n'existait pas de "norme internationale" pertinente au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Réponses de l'Indonésie et des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial.

n'a pas fait de demande conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* par le biais de ses questions reproduites dans le document G/TBT/W/323.

d) Conclusion

7.461 En conséquence, le Groupe spécial constate que l'Indonésie n'a pas demandé aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) "au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*" par le biais de ses questions reproduites dans le document G/TBT/W/323. L'un des éléments indispensables de l'article 2.5 est donc manquant.

7.462 Nous notons qu'en plus d'alléguer que l'Indonésie n'a pas invoqué l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, les États-Unis disent qu'ils se sont conformés à ce même article et qu'ils ont bien communiqué les renseignements demandés. Comme nous constatons que les États-Unis n'étaient pas tenus de fournir la justification visée à l'article 2.5, il n'est pas nécessaire à proprement parler pour le présent Groupe spécial d'examiner si les États-Unis auraient été en conformité si la demande au titre de l'article 2.5 avait bien été faite par l'Indonésie. Cela étant dit, nous notons que les États-Unis ont effectivement fourni une justification⁸¹⁴ concernant la promulgation de l'article 907 a) 1) A) à la réunion du Comité OTC de novembre 2009 en réponse à la demande présentée par l'Indonésie dans le document G/TBT/W/323.

7.463 En conséquence, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.

H. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.8 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.464 L'**Indonésie** allègue que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*. En particulier, elle fait valoir que l'article 2.8 de l'*Accord OTC* prescrit aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements technique⁸¹⁵, et que l'article 907 a) 1) A) "manque de la spécificité prescrite" par l'*Accord OTC*.⁸¹⁶

7.465 L'Indonésie note que la FSPTCA ne donne aucune définition d'un "arôme caractérisant" aux fins de l'interdiction, et qu'il n'y a aucune autre explication de ce qui constitue un "arôme caractérisant", ni dans la Directive de la FDA ni dans l'avis public de l'application par la FDA de l'article 907 a) 1) A).⁸¹⁷ L'Indonésie observe que de nombreux ingrédients sont utilisés pour donner aux cigarettes leur goût et leur arôme, y compris dans celles qui ne sont pas commercialisées en tant que "cigarettes aromatisées".⁸¹⁸ La FSPTCA ne mentionne aucune norme basée sur les propriétés d'emploi à l'appui de son interdiction et se contente d'utiliser l'expression descriptive générale "arôme caractérisant".⁸¹⁹ L'Indonésie explique qu'il existe un processus reconnu pour déterminer les seuils de détection des arômes (décrit dans la norme "ASTM E679 - 04" "Standard Practice for Determination of Odor and Taste Thresholds By a Forced-Choice Ascending Concentration Series Method of Limits" (Pratique type de détermination des seuils olfactifs et gustatifs par une méthode des limites à choix forcé dans une série ascendante de concentrations), et elle fait valoir qu'une norme basée sur les "propriétés d'emploi" pourrait recourir à cette méthode reconnue pour déterminer le seuil de

⁸¹⁴ Voir la note de bas de page 794.

⁸¹⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.

⁸¹⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 10.

⁸¹⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 135.

⁸¹⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 135.

⁸¹⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 136.

concentration à partir duquel les arômes sont reconnaissables par leur goût et leur odeur, et sont donc "caractérisants".⁸²⁰ L'Indonésie fait valoir qu'en l'absence d'une norme basée sur les propriétés d'emploi, il est impossible pour les fabricants de connaître le degré d'utilisation à partir duquel un arôme est considéré comme "caractérisant".⁸²¹ Puisqu'il existe une norme reconnue basée sur les propriétés d'emploi pour l'évaluation des seuils olfactifs et gustatifs, l'Indonésie juge "approprié" de s'attendre à ce qu'elle soit utilisée.⁸²²

7.466 Les **États-Unis** notent que l'argument sous-tendant l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* est que l'article 907 a) 1) A) est "vague".⁸²³ Ils estiment que cet argument est "à la fois incorrect et sans rapport avec l'application de l'article 2.8", et soulignent qu'ils "ne comprennent pas en quoi un tel argument est pertinent" pour cette disposition.⁸²⁴ Du point de vue des États-Unis, l'article 2.8 "n'oblige pas les Membres à établir des prescriptions aussi spécifiques que possible".⁸²⁵ Les États-Unis font en outre valoir qu'il est "parfaitement spécieux" de la part de l'Indonésie de laisser entendre que ses producteurs ne savaient pas si la mesure interdisait leur produit.⁸²⁶

7.467 Les États-Unis ne contestent pas le fait que l'article 907 a) 1) A) est structuré en fonction des caractéristiques "descriptives", et non des "propriétés d'emploi".⁸²⁷ Ils notent cependant que la charge incombe à l'Indonésie d'établir l'existence d'une infraction à l'article 2.8 et qu'elle n'a pas fourni un seul exemple de la manière dont la mesure pourrait être libellée en fonction des propriétés d'emploi, ni donné une seule raison pour laquelle cela serait "approprié", au sens de l'article 2.8 de l'*Accord OTC*.⁸²⁸ Selon les États-Unis, la norme citée par l'Indonésie précise quelle concentration d'un additif est nécessaire pour donner à un produit l'arôme caractérisant de cet additif, et ne serait donc pas une norme basée sur les propriétés d'emploi – ce n'est pas une norme concernant la manière dont une cigarette doit exercer ses propriétés d'emploi.⁸²⁹

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.468 La principale question dont le Groupe spécial est saisi est celle de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC* en ne définissant pas l'article 907 a) 1) A) en fonction des propriétés d'emploi du produit.

7.469 Les États-Unis ne contestent pas le fait que l'article 907 a) 1) A) est défini en fonction de "[l]a conception ou [des] caractéristiques descriptives", et non des "propriétés d'emploi".⁸³⁰ Les arguments des parties portent plutôt sur deux autres questions. La première est celle de savoir si, comme le fait valoir l'Indonésie, l'article 2.8 de l'*Accord OTC* impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de

⁸²⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 64 du Groupe spécial, paragraphe 132; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 149.

⁸²¹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 65 du Groupe spécial, paragraphe 133; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 172. Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 148.

⁸²² Réponse de l'Indonésie à la question n° 65 du Groupe spécial, paragraphe 133.

⁸²³ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 99.

⁸²⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 290.

⁸²⁵ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 99.

⁸²⁶ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 93.

⁸²⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 288.

⁸²⁸ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 94, 96.

⁸²⁹ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 97.

⁸³⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 288 à 290.

spécificité" dans leurs règlements techniques. La seconde est celle de savoir s'il serait "approprié" de définir l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle en fonction de leurs propriétés d'emploi, plutôt que de leur conception ou de leurs caractéristiques descriptives.

7.470 Le Groupe spécial examinera ces questions l'une après l'autre. Auparavant, nous énoncerons le texte de la disposition juridique en cause.

b) Disposition juridique en cause

7.471 L'article 2.8 de l'*Accord OTC* dispose ce qui suit:

"Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives."

7.472 Bien que ce ne soit pas la première affaire dans laquelle une allégation au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* est formulée, la jurisprudence relative à l'article 2.8 est peu abondante et aucun rapport antérieur de groupe spécial ou de l'Organe d'appel n'examine la question du critère juridique qui devrait être appliqué pour établir l'existence d'une violation de l'article 2.8.⁸³¹ En conséquence, le Groupe spécial est de nouveau confronté à des questions sans précédent.

c) Première question: savoir si l'article 2.8 impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques

7.473 En abordant la première des deux questions précitées, il nous apparaît que l'Indonésie interprète la prescription imposant aux Membres de définir leurs règlements techniques en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives comme les obligeant à assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques.⁸³² Dans sa première communication écrite, l'Indonésie résume son allégation au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* de la manière suivante:

"En interdisant les cigarettes ayant des "arômes caractérisants", [l'article 907 a) 1) A)] manque de la spécificité prescrite par l'*Accord OTC*. La plupart, voire la totalité, des cigarettes vendues aux États-Unis contiennent divers ingrédients et arômes qui sont ajoutés au tabac ou au filtre. Pourtant, ni la Loi ni [l'article 907 a) 1) A)] ne donne de définition d'un "arôme caractérisant" ou ne mentionne de norme basée sur les propriétés d'emploi au regard de laquelle différents arômes peuvent être qualifiés de "caractérisants". En tant que tel, [l'article 907 a) 1) A)] est incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC* puisqu'il interdit des cigarettes seulement sur la base de caractéristiques descriptives."⁸³³

7.474 Pour traiter cette question, nous commençons par examiner le sens ordinaire des termes de l'article 2.8 de l'*Accord OTC*. Lorsqu'on lit la phrase qui constitue l'article 2.8 de l'*Accord OTC* dans

⁸³¹ Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Canada a allégué que la mesure en cause dans ce différend était incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*. Le Groupe spécial a constaté que la mesure en cause n'était pas un "règlement technique" et n'a donc pas examiné l'allégation du Canada au titre de l'article 2.8. L'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial et a constaté que la mesure était un "règlement technique", mais il n'a pas été plus loin et n'a pas examiné l'allégation du Canada au titre de l'article 2.8. Le Groupe spécial *CE – Sardines* a incidemment fait référence à l'article 2.8 dans le contexte de l'examen d'une allégation au titre de l'article 2.4 de l'*Accord OTC*. Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.81.

⁸³² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 10, 134.

⁸³³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 10.

son ensemble, son sens ordinaire est qu'elle établit une seule obligation conditionnelle (à savoir, "[d]ans tous les cas où cela sera approprié"), qui consiste à définir les règlements techniques "en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives", par opposition à une deuxième obligation additionnelle consistant à "définir" ces règlements techniques. Nous estimons que l'on pourrait s'attendre, si les rédacteurs avaient eu l'intention d'établir deux obligations distinctes, à ce que l'article 2.8 ait été libellé de manière très différente, par exemple:

"Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit, et le feront en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives."

7.475 L'article 2.8 de l'*Accord OTC* aurait aussi pu être scindé en deux phrases pour mettre en évidence les deux obligations distinctes, et être ainsi libellé,

"Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit. Les Membres feront en outre en sorte que ces règlements techniques soient définis en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives."

7.476 On peut aborder le problème que nous pose la lecture faite par l'Indonésie de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* sous un angle différent, en examinant comment cette disposition serait libellée si le verbe "définir" était remplacé par un autre comme "exposer", "stipuler" ou "formuler". Si nous prenons l'exemple de "exposer", l'article 2.8 serait alors ainsi libellé:

"Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres ~~definiront~~ exposeront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception et de ses caractéristiques descriptives."

7.477 Selon la lecture faite par l'Indonésie de l'article 2.8 de l'*Accord OTC*, le remplacement du verbe "définir" par "exposer" obligerait les Membres à "exposer les règlements techniques". De même, si le verbe "définir" était remplacé par son quasi-synonyme "formuler", selon la lecture faite par l'Indonésie de cette phrase, les Membres seraient alors tenus de "formuler les règlements techniques".

7.478 Le Groupe spécial relève que les versions espagnole et française de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* ont toutes deux la même structure de phrase que la version anglaise de cette disposition.⁸³⁴ En conséquence, les considérations précédentes s'appliquent de la même façon à ces versions du libellé de l'article 2.8.

7.479 Selon nous, le contexte de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* n'étaye pas l'argument de l'Indonésie selon lequel cette disposition impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques. En effet, l'interprétation faite par l'Indonésie de l'article 2.8 aboutirait à

⁸³⁴ Les versions espagnole et anglaise de l'article 2.8 sont libellées comme suit:

"En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas."

"Wherever appropriate, Members shall specify technical regulations based on product requirements in terms of performance rather than design or descriptive characteristics."

un étrange résultat compte tenu de la définition d'un "règlement technique" donnée à l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*. Nous rappelons que les obligations énoncées à l'article 2 de l'*Accord OTC* s'appliquent uniquement aux mesures qui répondent à la définition d'un "règlement technique" donnée à l'annexe 1.1 de l'*Accord OTC*. Comme cela a été expliqué plus haut, plusieurs éléments doivent être réunis pour qu'une mesure soit qualifiée de "règlement technique".⁸³⁵ Parmi ces éléments figure la prescription voulant que la mesure "énonce" les caractéristiques du produit dont le respect est obligatoire. Nous rappelons que l'Organe d'appel a interprété le terme "énoncer" comme signifiant "exposer, stipuler ou prévoir".⁸³⁶ Un autre élément de la définition est que la mesure "doit être applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable".⁸³⁷ Nous rappelons également que l'Organe d'appel a expliqué qu'il en était ainsi parce que, "[s]inon, l'application du règlement sera[it] impossible sur le plan pratique".⁸³⁸

7.480 En conséquence, nous sommes d'avis qu'avant d'examiner si la mesure est compatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*, il faut d'abord que la partie plaignante démontre, et que le groupe spécial constate, que la mesure en cause "énonce" une ou plusieurs caractéristiques du produit et qu'elle s'applique "à un produit, ou groupe de produits, identifiable". Ainsi, compte tenu de l'architecture de l'*Accord OTC*, nous avons du mal à accepter qu'une mesure dont il a été constaté qu'elle répondait à la définition d'un "règlement technique" visée à l'annexe 1.1 puisse ensuite faire l'objet d'une constatation d'incompatibilité avec l'article 2.8 au motif qu'elle ne satisfait pas à l'obligation alléguée de "définir" les caractéristiques du produit.⁸³⁹ Selon cette analyse, un groupe spécial devrait commencer par constater qu'une mesure "énonce" (c'est-à-dire, "expos[e], stipul[e] ou prévoi[t]") effectivement les prescriptions relatives "à un produit, ou groupe de produits, identifiable", puis devrait apparemment conclure que la mesure ne fournit pas de précisions ou détails⁸⁴⁰ sur ces mêmes points.

7.481 Selon nous, l'objet et le but de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* n'étaient pas la conclusion selon laquelle cette disposition impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques. À cet égard, le Groupe spécial ne voit rien dans l'article 2.8 qui suggère que son but est de faire en sorte qu'"une nette distinction entre le produit interdit et le produit autorisé" soit faite.⁸⁴¹ En revanche, l'objet et le but de l'article 2.8 sont d'empêcher la création d'obstacles non nécessaires au commerce en exigeant que les prescriptions relatives au produit soient énoncées en termes fonctionnels dans tous les cas où cela sera approprié. Par exemple, une directive ISO/CEI explique ce qui suit:

"Chaque fois que possible, les exigences doivent être exprimées en termes de performance plutôt qu'en termes de conception ou de caractéristiques descriptives. Cette approche laisse le maximum de liberté au progrès technique. Il conviendra au

⁸³⁵ Voir la section VII.C.

⁸³⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67.

⁸³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70.

⁸³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70.

⁸³⁹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.

⁸⁴⁰ Le sens ordinaire du terme "specify" (définir) est "[s]peak or treat of a matter etc. in detail; give details or particulars" ([p]arler ou traiter d'un sujet etc. en détail; donner des détails ou des précisions). *Shorter Oxford English Dictionary*, 5^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds.) (Oxford University Press, 2002), Vol. 2, page 2946. Voir aussi l'*Oxford English Dictionary Online*, consulté le 30 avril 2011, selon lequel "specify" (définir) signifie, entre autres, "[t]o speak or make relation of some matter fully or in detail" ([p]arler ou évoquer un certain sujet de manière exhaustive ou en détail); le *Webster's Online Dictionary*, consulté le 30 avril 2011, selon lequel "specify" (définir) signifie, entre autres, "to name or state explicitly or in detail" (nommer ou désigner explicitement ou en détail).

⁸⁴¹ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 172.

premier chef d'inclure les caractéristiques qui sont susceptibles d'être acceptées à l'échelle mondiale (universellement)."⁸⁴²

7.482 Dans le même ordre d'idées, une décision prise par le Comité OTC en 2000 montre que les Membres de l'OMC s'entendent sur ce qui suit:

"Pour servir les intérêts des Membres de l'OMC en facilitant les échanges internationaux et en évitant les obstacles non nécessaires au commerce, les normes internationales doivent être pertinentes et doivent répondre efficacement aux besoins de la réglementation et du marché, en tenant compte des progrès scientifiques et technologiques réalisés dans différents pays. Elles ne devraient pas fausser le marché mondial, ni avoir un effet préjudiciable sur la concurrence loyale ou entraver l'innovation et le progrès technologique. Elles ne devraient pas non plus privilégier les caractéristiques ou les exigences de certains pays ou de certaines régions quand il existe des besoins ou des intérêts différents dans d'autres pays ou régions. Lorsque cela est possible, les normes internationales devraient être définies en fonction des propriétés d'emploi des produits plutôt qu'en fonction de leur conception ou de leurs caractéristiques descriptives."⁸⁴³

7.483 Enfin, nous observons que l'Indonésie n'a présenté au Groupe spécial aucun argument juridique à l'appui de son interprétation de l'article 2.8. À une question du Groupe spécial, qui lui demandait d'expliquer le fondement juridique de son point de vue selon lequel l'article 2.8 de l'Accord OTC imposait aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité"⁸⁴⁴ dans leurs règlements techniques, l'Indonésie a fourni une réponse qui pourrait même être interprétée comme étant la reconnaissance de ce que l'article 2.8 ne contient *aucune* prescription de cette sorte. Dans sa réponse, l'Indonésie renvoie le Groupe spécial à la définition d'un "règlement technique" donnée à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC, puis explique ce qui suit:

"[U]ne mesure qui est un règlement technique expose les caractéristiques des produits qu'elle réglemente et *ipso facto* assure un certain niveau de spécificité. L'article 2.8 se contente de prescrire, dans tous les cas où cela est approprié, la forme sous laquelle les caractéristiques du produit doivent être décrites, entre autres, "en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives".⁸⁴⁵

7.484 Nous concluons donc que l'article 2.8 de l'Accord OTC n'impose pas aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité"⁸⁴⁶ dans leurs règlements techniques. Il s'ensuit donc que le "niveau de spécificité" exprimé dans l'article 907 a) 1) A) n'est pas pertinent pour la question de savoir si cette mesure est compatible avec l'article 2.8. En conséquence, nous n'avons pas à examiner si la FSPTCA donne une définition d'un "arôme caractérisant" aux fins de l'interdiction et/ou si la FDA a fourni une autre indication sur ce qui constitue un "arôme caractérisant".⁸⁴⁷ Dans la mesure où l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.8 repose sur l'argument selon lequel l'article 907 a) 1) A) "manque de

⁸⁴² Directives ISO/CEI, Partie 2: Règles de structure et de rédaction des Normes internationales, cinquième édition, 2004, disponible en ligne à l'adresse suivante:

http://www.iso.org/iso/fr/standards_development/processes_and_procedures/drafting_standards.htm.

⁸⁴³ G/TBT/9, Comité des obstacles techniques au commerce, Deuxième examen triennal du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, 13 novembre 2000, Annexe 4, paragraphe 10.

⁸⁴⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.

⁸⁴⁵ Réponse de l'Indonésie à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 136 (souligné dans l'original).

⁸⁴⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.

⁸⁴⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 135.

la spécificité prescrite"⁸⁴⁸, le Groupe spécial conclut donc que l'allégation et l'argument de l'Indonésie sont infondés.

- d) Seconde question: savoir s'il serait "approprié" de définir l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives

7.485 Le Groupe spécial en vient maintenant à la seconde grande question faisant l'objet du différend, qui est de savoir s'il serait "approprié" de définir l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de "sa conception ou de ses caractéristiques descriptives". Nous rappelons que l'article 2.8 de l'*Accord OTC* établit l'obligation conditionnelle de définir les règlements techniques en fonction des "propriétés d'emploi du produit", plutôt que "de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives". La condition à laquelle l'obligation est soumise est formulée au début de cette phrase au moyen de l'expression "[d]ans tous les cas où cela sera approprié ...". Le Groupe spécial commencera par exposer son interprétation de l'expression "dans tous les cas où cela sera approprié" dans le contexte de l'article 2.8. Il examinera ensuite la question de savoir si l'Indonésie a démontré qu'il serait "approprié" de définir le règlement technique en cause en fonction des "propriétés d'emploi".

7.486 Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence relative à l'expression "[d]ans tous les cas où cela sera approprié" dans le contexte de l'article 2.8 de l'*Accord OTC*, le Groupe spécial est conscient que le terme "approprié" figure dans de nombreuses autres dispositions des Accords de l'OMC et qu'il existe une jurisprudence importante et largement cohérente concernant le sens ordinaire de ce terme.⁸⁴⁹ Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont appuyés sur les définitions usuelles des dictionnaires pour donner au terme "approprié" son sens ordinaire. Par exemple, le Groupe spécial chargé de l'affaire *Mexique – Télécommunications* a fait observer ce qui suit:

"Selon le sens général que lui donnent les dictionnaires, le terme "approprié" signifie "specially suitable, proper" (particulièrement indiqué, adéquat). Cela veut dire que des "mesures appropriées" sont des mesures qui sont indiquées pour atteindre le but visé."⁸⁵⁰

7.487 De même, le Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie* a estimé ce qui suit:

"Le sens ordinaire du terme "appropriate" (approprié) renvoie à quelque chose qui est "especially suitable or fitting" (particulièrement indiqué ou convenable). Le terme "suitable" (indiqué), à son tour, est défini comme signifiant "fitted for or appropriate to a purpose, occasion ..." (convenant à ou approprié à un but, une occasion ...) ou "adapted to a use or purpose"(adapté à un usage ou un but). Le terme "fitting" (convenable) est défini comme signifiant "of a kind appropriate to the situation" (d'un genre approprié à la situation). ... L'expression est compatible avec l'intention de ne pas préjuger ce que les circonstances pourraient être dans le contexte d'une affaire

⁸⁴⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 10.

⁸⁴⁹ Le terme "approprié" a été interprété dans un certain nombre de rapports de groupes spéciaux antérieurs, y compris, mais pas seulement, les suivants: rapport du Groupe spécial, *Mexique – Télécommunications*, paragraphes 7.265, 7.367 et 7.368; rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphes 7.240 et 7.241; rapport du Groupe spécial *Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille*, paragraphes 7.191 et 7.365; rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.116; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tôles en acier*, paragraphe 7.72; rapport du Groupe spécial *Australie – Saumons*, paragraphes 8.57 et 8.71.

⁸⁵⁰ Rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphe 7.265 (citant *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3^{ème} édition, (Clarendon Press, 1990), page 94).

donnée. Il est nécessaire que le caractère approprié soit jugé cas par cas... Il y a un élément de flexibilité, en ce qu'il n'y a pas de facteurs, indices, niveaux ou prescriptions rigides prédéterminés."⁸⁵¹

7.488 Plus récemment, dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, l'Organe d'appel s'est appuyé sur les mêmes définitions des dictionnaires pour l'interprétation de l'expression "montants ... appropriés" figurant à l'article 19.3 de l'*Accord SMC*:

"Commençant par l'expression "montants ... appropriés", nous notons que les définitions pertinentes données par les dictionnaires du mot "appropriate" (approprié) incluent les termes "proper", (adéquat) "fitting" (qui convient) et "specially suitable (for, to)" (spécialement indiqué (*pour, en vue de*))."⁸⁵² Ces définitions donnent à penser que ce qui est "approprié" n'est pas un critère autonome ou absolu, mais plutôt quelque chose qui doit être évalué par référence ou par rapport à quelque chose d'autre."⁸⁵³

7.489 Nous tenons également à mentionner que, dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a estimé comme le Groupe spécial que le terme "inapproprié" dans le contexte de l'article 2.4⁸⁵⁴ de l'*Accord OTC* "s'entend[ait] de quelque chose qui n[était] pas "spécialement adéquat", "correct" ou "adapté" et que la question du caractère approprié se rapport[ait] davantage à la nature du moyen employé".⁸⁵⁵

7.490 En ce qui concerne la charge de la preuve, nous estimons que, lorsqu'une allégation au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* est formulée, c'est à la partie plaignante qu'incombe la charge de démontrer qu'il serait "approprié" (c'est-à-dire, "adéquat", "convenable" et "indiqué") de définir un règlement technique particulier en fonction des "propriétés d'emploi" du produit plutôt qu'en fonction de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives. Cette approche est compatible avec les principes généraux qui régissent la charge de la preuve dans la procédure de règlement des différends de l'OMC.⁸⁵⁶ Elle est également compatible avec l'analyse faite par l'Organe d'appel de l'expression "sauf lorsque ... inappropriés", dans le contexte de l'obligation énoncée à l'article 2.4 de l'*Accord OTC*, dans l'affaire *CE – Sardines*.⁸⁵⁷ Nous ne considérons pas que l'Indonésie suggère le contraire.⁸⁵⁸

⁸⁵¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 7.240 (citant le Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994) et The New Shorter Oxford English Dictionary (1993).

⁸⁵² (*note de bas de page de l'original*) Shorter Oxford English Dictionary, 6^{ème} édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 1, page 106.

⁸⁵³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 552.

⁸⁵⁴ L'article 2.4 de l'*Accord OTC* est libellé comme suit:

"Dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, *sauf lorsque* ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou *inappropriés* pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux." (pas d'italique dans l'original)

⁸⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 285.

⁸⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16.

⁸⁵⁷ Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a constaté que la charge incombait à la partie plaignante de démontrer que la "norme internationale" en question était un moyen "approprié" de réaliser les objectifs légitimes recherchés par le Membre défendeur. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 269 à 282.

7.491 Compte tenu de ce qui précède, nous estimons que la question pertinente dont nous sommes saisis est celle de savoir si l'Indonésie a démontré qu'il serait "adéquat", "convenable" et "indiqué" de formuler le règlement technique figurant dans l'article 907 a) 1) A) en fonction des propriétés d'emploi.

7.492 L'Indonésie s'efforce de s'acquitter de la charge qui lui incombe en affirmant qu'il existe un processus reconnu pour déterminer les seuils de détection des arômes, qui est décrit dans la norme "ASTM E679 - 04" Pratique type de détermination des seuils olfactifs et gustatifs par une méthode des limites à choix forcé dans une série ascendante de concentrations.⁸⁵⁹ L'Indonésie fait valoir qu'une norme basée sur les "propriétés d'emploi" pourrait recourir à cette méthode reconnue pour déterminer le seuil de concentration à partir duquel les arômes sont reconnaissables par leur goût et leur odeur, et sont donc "caractérisants".⁸⁶⁰

7.493 Le Groupe spécial partage l'avis des États-Unis selon lequel la norme citée par l'Indonésie ne démontre pas que le règlement technique exposé à l'article 907 a) 1) A) pourrait être libellé en fonction des "propriétés d'emploi", encore moins qu'il serait "approprié" qu'il en soit ainsi.⁸⁶¹ Si on laisse de côté la question de savoir si la norme citée pourrait être appliquée aux cigarettes⁸⁶², elle vise simplement à fournir un moyen particulier de déterminer les niveaux d'arôme. Nous partageons l'avis des États-Unis selon lequel un exemple de prescription relative aux propriétés d'emploi serait un règlement technique applicable aux chaises, par exemple, qui prescrit que celles-ci doivent supporter une personne d'au moins 130 kilogrammes, au lieu d'être défini en fonction des composants de la chaise (c'est-à-dire, si celle-ci est en bois, que le bois doit être d'une certaine épaisseur et les clous d'une certaine longueur). Nous partageons aussi l'avis des États-Unis selon lequel, l'utilisation de la norme citée fournirait simplement un moyen particulier de déterminer si cette norme est respectée, plutôt que de transformer la norme basée sur la "conception" ou les caractéristiques "descriptives" qui figure à l'article 907 a) 1) A) en une norme basée sur les "propriétés d'emploi". Nous partageons en outre l'avis des États-Unis selon lequel le fait de fournir un moyen de déterminer à quel moment la norme figurant dans la mesure énoncée en fonction des caractéristiques descriptives est respectée ne signifie pas qu'il est possible de formuler la prescription de manière fondamentalement différente en fonction des propriétés d'emploi, ni n'explique pourquoi il serait "approprié" de le faire. La norme que l'Indonésie cite ne serait pas une norme basée sur les "propriétés d'emploi" au sens de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* – en bref, ce n'est pas une norme concernant la manière dont une cigarette doit exercer ses propriétés d'emploi (c'est-à-dire sa fonction⁸⁶³).

Bien que les obligations énoncées dans l'article 2.8 et l'article 2.4 de l'*Accord OTC* soient clairement différentes l'une de l'autre, elles ont toutes deux un élément commun, à savoir qu'elles sont soumises à une condition quasi identique: l'obligation énoncée à l'article 2.8 est conditionnée par l'expression "[d]ans tous les cas où cela sera approprié", et l'obligation énoncée à l'article 2.4 est conditionnée par l'expression "sauf lorsque ... inappropriés". Ces expressions sont interchangeables, la seule différence étant que la première est formulée sous une forme affirmative et la seconde sous une forme négative. Il serait ainsi possible de remplacer la proposition introductive de l'article 2.8 par l'expression "[s]auf lorsque cela sera inapproprié, ..." sans changer le sens de l'obligation énoncée dans cette disposition.

⁸⁵⁸ Dans sa réponse à la question n° 4 du Groupe spécial, l'Indonésie convient qu'elle assume la charge de la preuve à l'égard de toutes ses allégations au titre de l'*Accord OTC*, y compris son allégation au titre de l'article 2.8.

⁸⁵⁹ <http://www.astm.org/Standards/E679.htm> (pièce IND-70).

⁸⁶⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 64 du Groupe spécial, paragraphe 132; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 149.

⁸⁶¹ Réponse des États-Unis à la question n° 111 du Groupe spécial, paragraphes 113 à 116.

⁸⁶² Réponse des États-Unis à la question n° 111 du Groupe spécial, paragraphe 114; observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 111 du Groupe spécial, paragraphe 72.

⁸⁶³ Le Groupe spécial note que les versions espagnole et française de l'article 2.8 emploient les expressions "*en función de las propiedades de uso y empleo de los productos*" et "*en fonction des propriétés d'emploi du produit*".

7.494 Le Groupe spécial prend note de la précision apportée par l'Indonésie, selon laquelle:

"... ne propose pas simplement de déterminer si la norme figurant à [l'article 907 a) 1) A)] a été respectée, comme les États-Unis l'allèguent L'Indonésie suggère que le gouvernement des États-Unis pourrait exiger que les cigarettiers utilisent la méthode de détermination décrite dans la norme ASTM E679 pour identifier le seuil spécifique à partir duquel un arôme donné utilisé dans une cigarette devient reconnaissable dans une cigarette et, par conséquent, "caractérisant". Par exemple, si la vanille était identifiable dans le goût ou le parfum de la fumée de cigarette à un niveau de "X", alors [l'article 907 a) 1) A)] interdirait les cigarettes contenant de la vanille à des niveaux supérieurs à "X". Cela serait entièrement compatible avec la définition d'une "prescription relative aux propriétés d'emploi" énoncée par les États-Unis ... car cela indiquerait clairement aux fabricants comment une cigarette doit exercer ses propriétés d'emploi pour ce qui est de l'arôme pour être autorisée sur le marché des États-Unis."⁸⁶⁴

7.495 Toutefois, selon le Groupe spécial, cette réponse réitère simplement l'argument de l'Indonésie selon lequel l'article 2.8 de l'*Accord OTC* impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques⁸⁶⁵, et selon lequel l'article 907 a) 1) A) "manque de la spécificité prescrite" par l'*Accord OTC*.⁸⁶⁶ Pour les raisons qui ont déjà été exposées plus haut, le Groupe spécial ne souscrit pas à cette interprétation de l'article 2.8.

7.496 Nous relevons en outre que, dans la mesure où l'Indonésie fait valoir i) qu'il existe une norme internationale pertinente (à savoir la norme ASTM E679 - 04 "Pratique type de détermination des seuils olfactifs et gustatifs par une méthode des limites à choix forcé dans une série ascendante de concentrations") et ii) que les États-Unis auraient dû utiliser cette norme internationale pertinente comme base pour leur règlement technique, il apparaît que son argument se rapporte en fait à l'article 2.4 de l'*Accord OTC*.⁸⁶⁷ De ce fait, l'allégation et l'argument de l'Indonésie au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* semblent une fois encore infondés. En formulant cette observation, nous n'exprimons évidemment aucune opinion sur le point de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière compatible avec l'article 2.4 étant donné que l'Indonésie n'a formulé aucune allégation à ce sujet.

7.497 Pour ces raisons, le Groupe spécial conclut que l'Indonésie n'a pas démontré qu'il serait "approprié" de formuler le règlement technique figurant à l'article 907 a) 1) A) en fonction des "propriétés d'emploi".

e) Conclusion

7.498 Pour ces raisons, le Groupe spécial constate que l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*.

⁸⁶⁴ Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 111 du Groupe spécial, paragraphe 73.

⁸⁶⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.

⁸⁶⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 10.

⁸⁶⁷ L'article 2.4 de l'*Accord OTC* est libellé comme suit:

"Dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux."

I. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.10 DE L'ACCORD OTC

1. Arguments des parties

7.499 L'Indonésie allègue que, si les États-Unis estimaient qu'il y avait une raison pour ne pas suivre les procédures énoncées à l'article 2.9, ils ont agi en violation de l'article 2.10 de l'Accord OTC puisqu'ils n'ont pas notifié au Secrétariat la mesure et la nature urgente du problème allégué.⁸⁶⁸ L'Indonésie fait valoir que les États-Unis reconnaissent qu'aucune des circonstances urgentes énumérées à l'article 2.10 de l'Accord OTC n'avait entouré l'adoption de l'article 907 a) 1) A).⁸⁶⁹

7.500 Les États-Unis n'ont présenté aucun argument pour contester l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.10 de l'Accord OTC. Répondant à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont confirmé qu'ils n'avaient pas notifié l'article 907 a) 1) A) au Secrétariat de l'OMC conformément à l'article 2.10.1 de l'Accord OTC.⁸⁷⁰

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.501 Comme nous l'avons expliqué plus haut à la section VII.B, nous croyons comprendre que l'Indonésie n'allègue l'existence d'une violation de l'article 2.10 de l'Accord OTC que dans le cas où les États-Unis invoqueraient cette disposition comme moyen de défense concernant la violation alléguée de l'article 2.9 de l'Accord OTC.⁸⁷¹ À ce que nous croyons comprendre, les États-Unis ne l'ont pas fait.

7.502 Nous notons que les obligations énoncées à l'article 2.10 de l'Accord OTC ne s'appliquent que lorsqu'un Membre a *omis* les démarches énumérées à l'article 2.9 de l'Accord OTC parce que "des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se pos[aient] ou menaç[aient] de se poser". À notre avis, le fait que l'article 2.10 de l'Accord OTC ne s'applique que lorsqu'un Membre s'écarte des obligations générales établies à l'article 2.9 de l'Accord OTC implique que ces deux dispositions ont des portées distinctes et séparées. En fait, nous ne voyons aucune situation dans laquelle les actions d'un Membre de l'OMC relèveraient des deux obligations en même temps. Soit le Membre en question suit les prescriptions générales de l'article 2.9 de l'Accord OTC, soit il décide d'omettre ces prescriptions du fait de l'un des "problèmes urgents" énumérés à l'article 2.10 de l'Accord OTC.

7.503 Vu le mandat qui est le nôtre de procéder à une évaluation objective de la question dont nous sommes saisis conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord et l'incidence que des constatations au titre de l'article 2.10 de l'Accord OTC auraient sur l'applicabilité des obligations pertinentes énoncées à l'article 2.9 dudit accord, nous examinerons si les conditions d'urgence décrites à l'article 2.10 existent dans le présent différend. Si nous constatons que tel n'est pas le cas, nous examinerons alors les allégations formulées par l'Indonésie au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'Accord OTC.

b) Disposition juridique en cause

7.504 L'article 2.10 de l'Accord OTC est libellé comme suit:

⁸⁶⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.

⁸⁶⁹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151.

⁸⁷⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 150.

⁸⁷¹ WT/DS406/2, page 2; première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.

"Sous réserve des dispositions de la partie introductive du paragraphe 9, si des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se posent ou menacent de se poser à un Membre, celui-ci pourra, selon qu'il le jugera nécessaire, omettre telle ou telle des démarches énumérées au paragraphe 9, à condition qu'au moment où il adoptera un règlement technique:

- 2.10.1 il notifie immédiatement aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, le règlement technique en question et les produits visés, en indiquant brièvement l'objectif et la raison d'être du règlement technique, y compris la nature des problèmes urgents;
- 2.10.2 il fournisse, sur demande, aux autres Membres le texte du règlement technique;
- 2.10.3 il ménage, sans discrimination, aux autres Membres, la possibilité de présenter leurs observations par écrit, discute de ces observations si demande lui en est faite, et tienne compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions."

7.505 L'article 2.10 de l'*Accord OTC* autorise donc les Membres de l'OMC à omettre les prescriptions imposées par l'article 2.9 de l'*Accord OTC* concernant des règlements techniques projetés lorsque certains problèmes urgents se posent ou menacent de se poser. Nous croyons comprendre que l'allégation de l'Indonésie se limite au non-respect allégué de la prescription en matière de notification prévue à l'article 2.10.1 de l'*Accord OTC* et ne porte pas sur les autres obligations énoncées à l'article 2.10.2 et 2.10.3 de l'*Accord OTC*.⁸⁷²

7.506 Une question liminaire à examiner pour établir que l'obligation de notification imposée par l'article 2.10.1 de l'*Accord OTC* s'applique est donc celle de savoir si des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se posaient ou menaçaient de se poser s'agissant de l'adoption de l'article 907 a) 1) A). L'Indonésie allègue que les États-Unis ont reconnu qu'aucune des circonstances urgentes énumérées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* n'avait entouré l'adoption de l'article 907 a) 1) A).⁸⁷³ Nous relevons toutefois que les États-Unis n'ont rien dit à cet égard et que, répondant à une question du Groupe spécial, ils ont simplement confirmé ne pas avoir notifié l'article 907 a) 1) A) aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, conformément à l'article 2.10.1 de l'*Accord OTC*.⁸⁷⁴

c) Conclusion

7.507 En l'absence d'éléments de preuve ou d'arguments indiquant que de tels problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se posaient ou menaçaient de se poser au moment de l'adoption de l'article 907 a) 1) A), nous ne pouvons que conclure que ces circonstances urgentes n'existaient pas et que, par conséquent, l'article 2.10 de l'*Accord OTC* ne serait pas applicable au présent différend. Le Groupe spécial s'abstient donc d'examiner plus avant l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.10 de l'*Accord OTC* et va à présent examiner les allégations de l'Indonésie au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

⁸⁷² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.

⁸⁷³ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151.

⁸⁷⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 150.

J. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.9.2 ET 2.9.3 DE L'ACCORD OTC

1. Arguments des parties

7.508 L'Indonésie allègue que les États-Unis ne se sont pas acquittés des obligations qui leur incombaient au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'Accord OTC.⁸⁷⁵ Elle fait valoir qu'avant d'adopter l'article 907 a) 1) A), les États-Unis étaient tenus de suivre les procédures exposées à l'article 2.9 de l'Accord OTC.⁸⁷⁶ Elle considère que ces procédures devaient être suivies parce que: i) il n'existe pas de normes internationales pertinentes pour les aromatisants utilisés dans les cigarettes; et ii) l'article 907 a) 1) A) a un effet notable sur le commerce de l'Indonésie.⁸⁷⁷

7.509 Dans son interprétation de l'expression "effet notable sur le commerce" figurant à l'article 2.9.2 de l'Accord OTC, l'Indonésie se fonde sur une recommandation adoptée par le Comité OTC concernant cette disposition. Cette recommandation établit que les Membres devraient prendre en considération des facteurs tels que "la valeur des importations ou l'importance qu'elles présentent à d'autres titres pour les Membres importateurs et/ou exportateurs concernés, qu'il s'agisse d'autres ou des autres Membres considérés individuellement ou collectivement, le potentiel de croissance de ces importations et les difficultés que le respect des règlements techniques projetés implique pour les producteurs des autres Membres".⁸⁷⁸ L'Indonésie note que la recommandation adoptée par le Comité OTC dispose également que "[l]a notion d'effet notable sur le commerce d'autres Membres devrait englober les effets d'accroissement et de réduction des importations sur les échanges commerciaux d'autres Membres tant que ces effets restent notables".⁸⁷⁹

7.510 L'Indonésie estime que comme la quasi-totalité des cigarettes aux clous de girofle vendues aux États-Unis étaient importées d'Indonésie, les États-Unis étaient tout à fait conscients de l'effet notable que l'article 907 a) 1) A) pouvait avoir sur le commerce de l'Indonésie.⁸⁸⁰ Elle fait valoir que les États-Unis étaient donc obligés de suivre les procédures énoncées à l'article 2.9 avant d'adopter l'article 907 a) 1) A)⁸⁸¹ et, en particulier, les obligations énoncées à l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'Accord OTC.⁸⁸²

7.511 L'Indonésie fait observer que, selon la recommandation du Comité OTC, une notification au titre de l'article 2.9.2 "devrait être faite au moment où il existe un projet contenant le texte complet d'un règlement technique ou des procédures d'évaluation de la conformité et où il est encore possible de faire des propositions de modification qui puissent être prises en compte".⁸⁸³ L'Indonésie allègue que les États-Unis n'ont pas adressé de notification au Comité OTC concernant les produits visés par l'article 907 a) 1) A) pendant la période où il était possible de faire des propositions de modification de la FSPTCA ou du règlement d'application (c'est-à-dire soit après la présentation de la FSPTCA au

⁸⁷⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140.

⁸⁷⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 139.

⁸⁷⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 139.

⁸⁷⁸ Réponse de l'Indonésie à la question n° 69 du Groupe spécial, faisant référence aux Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce depuis le 1^{er} janvier 1995, G/TBT/1/Rev.9, 8 septembre 2008, page 16.

⁸⁷⁹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 69 du Groupe spécial, faisant référence aux Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce depuis le 1^{er} janvier 1995, G/TBT/1/Rev.9, 8 septembre 2008, page 17.

⁸⁸⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 139.

⁸⁸¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 139.

⁸⁸² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140.

⁸⁸³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140, faisant référence aux Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce depuis le 1^{er} janvier 1995, G/TBT/1/Rev.8, 23 mai 2002, page 16.

Congrès des États-Unis et avant son adoption par celui-ci, soit au moment où la FDA avait publié sa demande d'observations concernant la mise en œuvre de la FSPTCA⁸⁸⁴).⁸⁸⁵

7.512 En ce qui concerne l'article 2.9.3, l'Indonésie allègue que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de cette disposition en ne répondant pas à ses questions concernant des aspects particuliers de l'article 907 a) 1) A).⁸⁸⁶

7.513 Selon les **États-Unis**, l'expression "effet notable sur le commerce" figurant à l'article 2.9 de l'*Accord OTC* n'exige pas que le volume du commerce affecté soit important pour que l'article 2.9 doive s'appliquer. Au lieu de cela, les États-Unis soutiennent que l'expression "effet notable" englobe tous les effets sur le commerce qui ne sont pas *de minimis*.⁸⁸⁷

7.514 En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis expliquent qu'ils n'ont pas notifié l'article 907 a) 1) A) au Secrétariat de l'OMC conformément à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*.⁸⁸⁸

7.515 Les États-Unis soutiennent toutefois que tous les renseignements pertinents concernant l'article 907 a) 1) A) ont toujours été accessibles au public et que l'Indonésie a en fait apporté une contribution durant le processus législatif.⁸⁸⁹

7.516 Les États-Unis font par ailleurs valoir qu'ils sont l'un des premiers à défendre la transparence parmi les Membres de l'OMC. Ils font observer qu'ils ont notifié 589 mesures au Comité OTC depuis la création de l'Organisation (80 mesures durant la seule année 2010). En revanche, selon les États-Unis, il apparaît que l'Indonésie n'a notifié au total que 46 mesures, dont seulement 14 en 2010. Enfin, d'après les États-Unis, l'Indonésie n'a pas, ces derniers temps, notifié au Comité OTC un certain nombre de mesures qu'elle a mises en œuvre.⁸⁹⁰

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.517 La question dont le Groupe spécial est saisi est celle de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*⁸⁹¹, et en particulier: i) si les États-Unis n'ont pas notifié les produits visés par le projet d'article 907 a) 1) A), ainsi que son objectif et sa raison d'être, comme le prescrit l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*; et ii) si les États-Unis n'ont pas fourni de détails sur le projet d'article 907 a) 1) A) ou le texte de ce projet, conformément à l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

7.518 Nous relevons que, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Indonésie a formulé des allégations au titre de l'article 2.9.1, 2.9.2, 2.9.3 et 2.9.4 de l'*Accord OTC*, mais qu'ultérieurement, elle n'a présenté des arguments et éléments de preuve qu'au sujet de ses allégations au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3. Nous croyons par conséquent comprendre que l'Indonésie a décidé

⁸⁸⁴ Pièce IND-42.

⁸⁸⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140.

⁸⁸⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140. Les questions de l'Indonésie ont été distribuées aux Membres de l'OMC dans le document G/TBT/W/323.

⁸⁸⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 69 du Groupe spécial.

⁸⁸⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial.

⁸⁸⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 294.

⁸⁹⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 295.

⁸⁹¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140.

de ne pas maintenir ses allégations au titre de l'article 2.9.1 et 2.9.4 de l'*Accord OTC* et nous ne les examinerons donc pas.⁸⁹²

7.519 Nous avons décidé d'examiner les deux allégations dans la même section du présent rapport, en suivant la structure de l'argumentation présentée par les parties et celle de la disposition elle-même.

b) Dispositions juridiques en cause

7.520 L'article 2.9 de l'*Accord OTC* est libellé comme suit:

"Chaque fois qu'il n'existera pas de normes internationales pertinentes, ou que la teneur technique d'un règlement technique projeté ne sera pas conforme à celle des normes internationales pertinentes, et si le règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, les Membres:

2.9.1 ...

2.9.2 notifieront aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seront visés par le règlement technique projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être. Ces notifications seront faites assez tôt, lorsque des modifications pourront encore être apportées et que les observations pourront encore être prises en compte;

2.9.3 fourniront, sur demande, aux autres Membres des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet et, chaque fois que cela sera possible, identifieront les éléments qui diffèrent en substance des normes internationales pertinentes;

2.9.4 ..."

7.521 Nous notons que, conformément à son paragraphe introductif, l'article 2.9 ne s'appliquerait que lorsque: i) il n'existe pas de normes internationales pertinentes ou que la teneur technique d'un règlement technique projeté n'est pas conforme à celle des normes internationales pertinentes; et lorsque ii) un règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres.

c) Conditions d'application de l'article 2.9 de l'*Accord OTC*

7.522 En conséquence, avant d'entreprendre une analyse de la question de savoir si les États-Unis ne se sont pas acquittés des obligations pertinentes énoncées à l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*, nous examinerons si les conditions d'application des obligations définies dans ces dispositions sont présentes en l'espèce. Nous examinerons tout d'abord s'il existe une norme internationale pertinente sur les aromatisants utilisés dans les cigarettes et, dans l'affirmative, si l'article 907 a) 1) A) respecte la teneur technique de cette norme internationale. Nous examinerons ensuite si l'article 907 a) 1) A)

⁸⁹² Nous relevons que le Groupe spécial *Inde – Droits d'importation additionnels* a constaté que les États-Unis avaient abandonné leur allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, qui figurait dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, parce qu'ils n'avaient fait aucune référence, explicitement ou implicitement, à cette allégation dans leurs communications. Rapport du Groupe spécial *Inde – Droits d'importation additionnels*, paragraphes 7.402 à 7.405. Voir aussi les constatations du Groupe spécial dans l'affaire *Égypte – Barres d'armature en acier*, où il a été constaté que la Turquie avait abandonné son allégation au titre de l'article X:3 du GATT de 1994, qui figurait également dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, mais au sujet de laquelle elle n'avait présenté d'argumentation dans aucune de ses communications. Rapport du Groupe spécial *Égypte – Barres d'armature en acier*, paragraphe 7.30.

peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres et, en particulier, sur le commerce de l'Indonésie.

i) *Première condition: absence de norme internationale pertinente ou non-conformité d'un règlement technique projeté avec une norme internationale pertinente*

7.523 Comme nous l'avons expliqué plus haut, la première condition pour l'application des obligations énoncées à l'article 2.9 est soit l'absence de norme internationale pertinente, soit, si une telle norme existe, la non-conformité de la teneur technique d'un règlement technique projeté avec celle de cette norme internationale pertinente.

7.524 L'Indonésie estime qu'il n'existe pas de normes internationales pertinentes pour les aromatisants utilisés dans les cigarettes. En réponse à une question du Groupe spécial, elle précise que les normes existantes établies par l'Organisation internationale de normalisation ("ISO") pour les cigarettes ne font pas de distinction entre les arômes des cigarettes.⁸⁹³ Les États-Unis reconnaissent qu'il n'existe pas de normes internationales pertinentes applicables en l'espèce.⁸⁹⁴

7.525 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la première condition énoncée à l'article 2.9 de l'*Accord OTC* pour l'application des obligations qui y figurent est remplie.

ii) *Deuxième condition: question de savoir si le règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres*

7.526 La deuxième condition imposée par l'article 2.9 de l'*Accord OTC* est le fait que le règlement technique "peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres".

7.527 À cet égard, l'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) a eu un effet notable sur son commerce avec les États-Unis puisque 6 millions d'Indonésiens environ dépendent directement ou indirectement de la production de cigarettes et de la culture du tabac.⁸⁹⁵ Elle fait observer en outre qu'en 2008, ses exportations de cigarettes aux clous de girofle se sont chiffrées à 15 millions de dollars EU environ.⁸⁹⁶

7.528 Les États-Unis n'ont pas contesté le fait que l'article 907 a) 1) A) avait un impact notable sur le commerce de l'Indonésie.

7.529 Nous notons que le libellé de cette deuxième condition régissant l'applicabilité de l'article 2.9 est que le règlement technique "*peut* avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres", par opposition à "aura un effet notable" ou "a un effet notable". Le terme "may" (peut) est utilisé pour exprimer une possibilité, par opposition à une certitude.⁸⁹⁷ Nous interprétons donc ce libellé comme signifiant que l'article 2.9 de l'*Accord OTC* n'impose pas de prouver l'existence d'effets réels sur le

⁸⁹³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 132 (pièce IND-40); réponse de l'Indonésie à la question n° 59 du Groupe spécial.

⁸⁹⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial.

⁸⁹⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 129; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond, paragraphe 4; réponse de l'Indonésie à la question n° 69 du Groupe spécial.

⁸⁹⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 29 et 40.

⁸⁹⁷ Oxford English Dictionary Online, consulté le 30 avril 2011. Voir aussi le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), vol. I, page 1725, qui définit le terme "may" (pouvoir) comme signifiant, entre autres choses, "have the possibility, opportunity, or suitable conditions to; be likely to" (avoir la possibilité, l'occasion ou être en mesure de; être probable); le *Webster's Online Dictionary*, consulté le 30 avril 2011, qui définit le terme "may" (pouvoir) comme signifiant, entre autres choses, "used to indicate possibility or probability" (utilisé pour indiquer la possibilité ou la probabilité).

commerce. Au lieu de cela, cette condition recouvre les situations dans lesquelles un règlement technique *peut* avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres.

7.530 Nous relevons par ailleurs que l'article 2.9 de l'*Accord OTC* fait référence à un effet "notable". Le terme "significant" (notable) signifie "sufficiently great or important to be worthy of attention; noteworthy" (suffisamment grand ou important pour mériter l'attention; digne d'être noté).⁸⁹⁸ Nous estimons donc, comme les États-Unis, qu'un "effet notable" englobe tous les effets sur le commerce qui ne sont pas *de minimis*.⁸⁹⁹ À cet égard, nous relevons que l'Indonésie a présenté au présent Groupe spécial des éléments de preuve qui montrent que l'effet de l'article 907 a) 1) A) sur son commerce de cigarettes aux clous de girofle avec les États-Unis est substantiel et digne d'être noté. En particulier, les données fournies par l'Indonésie montrent que la majeure partie des cigarettes aux clous de girofle importées aux États-Unis viennent d'Indonésie.⁹⁰⁰ L'Indonésie a également montré que la valeur de ces importations s'élevait à environ 15 millions de dollars EU en 2008.⁹⁰¹ Nous notons également que l'Indonésie a fait valoir qu'elle exportait des cigarettes aux clous de girofle vers les États-Unis depuis plus de 40 ans.⁹⁰²

7.531 Comme l'article 907 a) 1) A) interdit l'importation de cigarettes aux clous de girofle aux États-Unis, nous ne pouvons que conclure que l'impact de l'article 907 a) 1) A) sur le commerce de l'Indonésie est notable au sens de l'article 2.9 de l'*Accord OTC*. Par conséquent, nous constatons que la deuxième condition pour l'application des obligations énoncées à l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC* est également remplie.

7.532 Nous examinons à présent les allégations formulées par l'Indonésie au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

d) Article 2.9.2: Obligation de notifier le règlement technique projeté

7.533 Nous rappelons que l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* oblige les Membres à notifier aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, les produits qui seront visés par le règlement technique projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être. Ces notifications doivent être faites assez tôt, lorsque des modifications peuvent encore être apportées et que les observations peuvent encore être prises en compte.

7.534 L'obligation énoncée à l'article 2.9.2 a été décrite par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE - Amiante* comme imposant "d'identifier les produits visés par un règlement technique".⁹⁰³

⁸⁹⁸ Oxford English Dictionary Online, consulté le 30 avril 2011. Voir aussi le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), vol. II, page 2835, qui définit le terme "significant" (notable) comme signifiant, entre autres choses "[i]mportant, notable; consequential" (important, digne d'être noté; lourd de conséquences); le *Webster's Online Dictionary*, consulté le 30 avril 2011, qui définit le terme "significant" (notable) comme signifiant, entre autres choses "of a noticeably or measurably large amount" (en quantité visiblement ou sensiblement importante).

⁸⁹⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 69 du Groupe spécial.

⁹⁰⁰ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 18 et 139; réponse de l'Indonésie à la question n° 48 du Groupe spécial; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 35.

⁹⁰¹ Pièces IND-68 et IND-102; pièces US-100 et US-134.

⁹⁰² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 5.

⁹⁰³ Dans l'affaire *CE - Amiante*, l'Organe d'appel a constaté ce qui suit:

"Un "règlement technique" doit, bien entendu, être applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable. Sinon, l'application du règlement sera impossible sur le plan pratique. Cette considération sous-tend aussi l'obligation formelle, énoncée à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*, qui incombe aux Membres de notifier aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, "les produits qui seront visés" par un "règlement technique" projeté. (pas d'italique dans l'original) Manifestement, le respect de cette obligation impose d'identifier les produits visés par un règlement technique. ..."

7.535 Nous notons que l'article 2.9.2, contrairement à l'article 2.9.3, ne lie pas l'obligation de notification à la présentation d'une demande par un Membre.

7.536 Nous notons également que l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* s'applique aux "proposed technical regulation". De la même façon, la version française de l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* utilise les termes "le règlement technique *projeté*" et la version espagnole les termes "el reglamento técnico *en proyecto*". "To propose" peut être défini comme "to put forward [a technical regulation] for consideration by others" (soumettre [un règlement technique] pour examen par d'autres).⁹⁰⁴ L'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* s'applique donc à ce que nous appellerions des instruments juridiques relevant de la définition d'un règlement technique qui seraient encore à l'état de "projet", c'est-à-dire qui n'auraient pas encore été adoptés ou ne seraient pas encore en vigueur. Le libellé de la deuxième phrase de l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* confirme cette conclusion car il indique que la notification doit être faite "assez tôt lorsque des modifications pourront encore être apportées et que les observations pourront encore être prises en compte". Par conséquent, puisque la disposition prévoit la possibilité d'apporter des modifications et de prendre en compte les observations, le règlement technique en cause ne peut pas être promulgué ou adopté avant que la notification ne soit faite. À notre avis, l'article 2.9.2 (tout comme l'article 5.6.2 pour les procédures d'évaluation de la conformité) est l'élément central des dispositions en matière de transparence de l'*Accord OTC*: le but même de la notification est de donner la possibilité de formuler des observations avant que la mesure projetée n'entre en vigueur, avant qu'"il ne soit trop tard" pour apporter des modifications.

7.537 Nous trouvons d'autres indications et éléments à l'appui de notre interprétation dans une recommandation élaborée par le Comité OTC concernant le moment où devraient se faire les notifications:

"Pour la mise en œuvre des dispositions des articles 2.9.2, 3.2 (en relation avec l'article 2.9.2), 5.6.2 et 7.2 (en relation avec l'article 5.6.2), une notification devrait être faite au moment où il existe un projet contenant le texte complet d'un règlement technique ou des procédures d'évaluation de la conformité et où il est encore possible de faire des propositions de modification qui puissent être prises en compte."⁹⁰⁵

7.538 Nous allons donc examiner si le États-Unis ont notifié les produits visés par l'article 907 a) 1) A), ainsi que son objectif et sa raison d'être, assez tôt, c'est-à-dire lorsqu'il était à l'état de projet, avant son adoption, lorsque des modifications pouvaient encore être apportées et que les observations pouvaient encore être prises en compte.

7.539 Comme nous l'avons expliqué plus haut, l'Indonésie allègue que les États-Unis ne lui ont pas notifié, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, les produits visés par l'article 907 a) 1) A). À l'appui de son allégation, l'Indonésie attire l'attention du Groupe spécial sur "[l]e système de gestion des renseignements OTC, base de données consultable contenant toutes les notifications relatives à l'Accord OTC, [qui] montre qu'à la date de [la première] communication [écrite de l'Indonésie], les États-Unis n'avaient communiqué aucune notification concernant [l'article 907 a) 1) A)]".^{906, 907}

Rapport de l'Organe d'appel CE – *Amiante*, paragraphe 70.

⁹⁰⁴ *Oxford English Dictionary Online*, consulté le 30 avril 2011. Voir aussi le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5^{ème} édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), vol. II, page 2371, qui définit le terme "proposed" comme signifiant, entre autres choses, "put forward for consideration or action" (soumis pour examen ou action); le *Webster's Online Dictionary*, consulté le 30 avril 2011, qui définit le terme "proposed" comme signifiant, entre autres choses, "to set forth for acceptance or rejection" (présenter à des fins d'approbation ou de rejet).

⁹⁰⁵ G/TBT/1/Rev.9, page 17.

⁹⁰⁶ La première communication écrite de l'Indonésie est datée du 20 octobre 2010.

⁹⁰⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 160.

7.540 Les États-Unis n'ont pas réfuté l'affirmation de l'Indonésie. Au contraire, en réponse à une question du Groupe spécial, ils reconnaissent ne pas avoir notifié l'article 907 a) 1) A) par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC.⁹⁰⁸ Comme moyen de défense, ils font valoir que tous les renseignements pertinents ont toujours été accessibles au public, que l'Indonésie a en fait apporté une contribution durant le processus législatif⁹⁰⁹ et que les États-Unis sont "l'un des premiers à défendre la transparence parmi les Membres de l'OMC".⁹¹⁰

7.541 À notre avis, quel que soit le bien-fondé des arguments des États-Unis, l'obligation énoncée à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* est simple: les Membres de l'OMC doivent notifier assez tôt aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, les produits visés par leur règlement technique projeté, ainsi que son objectif et sa raison d'être. Les États-Unis ne l'ont pas fait en ce qui concerne l'article 907 a) 1) A).

7.542 Par conséquent, vu qu'ils n'ont pas notifié aux Membres de l'OMC, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seraient visés par l'article 907 a) 1) A) projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être, et ce assez tôt, c'est-à-dire lorsqu'il était encore possible d'apporter des modifications et de prendre en compte les observations, le Groupe spécial constate que les États-Unis ne se sont pas acquittés des obligations leur incombant au titre de l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*.

e) Article 2.9.3: Obligation de fournir des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet

7.543 Nous rappelons que l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC* impose aux Membres, sur demande d'un autre Membre, de fournir des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet. Cette disposition exige également que, chaque fois que cela est possible, le Membre élaborant le règlement identifie les éléments qui diffèrent en substance des normes internationales pertinentes. Cette dernière obligation n'aurait aucune incidence dans la présente affaire puisque, comme nous l'avons expliqué plus haut⁹¹¹, il n'existe pas de norme internationale pertinente pour les aromatisants des cigarettes.

7.544 L'Indonésie allègue que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC* en ne répondant pas aux questions qu'elle leur avait posées en vue d'obtenir des explications concernant des aspects particuliers de l'article 907 a) 1) A) et qui étaient reproduites dans le document G/TBT/W/323.⁹¹² Les États-Unis ne répondent pas directement à l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*.⁹¹³

7.545 Nous notons que, contrairement à l'obligation énoncée à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*, l'obligation de fournir des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet imposée par l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC* ne s'applique que lorsqu'un Membre en fait la demande. Toutefois, comme pour l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*, cette obligation se limite aux "règlements techniques

⁹⁰⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial.

⁹⁰⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 294; pièce US-81.

⁹¹⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 295.

⁹¹¹ Voir les paragraphes 7.523 à 7.525.

⁹¹² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140. Les questions de l'Indonésie ont été distribuées aux Membres de l'OMC dans le document G/TBT/W/323 du 20 août 2009.

⁹¹³ Les États-Unis abordent l'argument de l'Indonésie concernant leur absence de réponse aux questions du document G/TBT/W/323 dans le contexte de l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Dans ce contexte, les États-Unis font valoir qu'ils ont eu de nombreux échanges de vues avec l'Indonésie sur la question. En particulier, les États-Unis mettent en avant des discussions bilatérales tenues avec l'Indonésie le 27 août 2009 à Genève, un entretien entre le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, M. Ronald Kirk, et un représentant de l'Indonésie, lors d'une réunion ministérielle de l'OMC en Inde et les délibérations ayant eu lieu pendant la réunion de novembre 2009 du Comité OTC. Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 280.

projetés", c'est-à-dire des règlements techniques qui sont encore à l'état de projet et pour lesquels, comme nous l'avons expliqué plus haut, des modifications peuvent donc encore être apportées et les observations peuvent encore être prises en compte.

7.546 Par conséquent, pour que les États-Unis aient eu l'obligation, au titre de l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*, de fournir à l'Indonésie des détails sur l'article 907 a) 1) A) ou le texte de cet article, il aurait fallu que l'Indonésie en fasse la demande aux États-Unis alors que l'article 907 a) 1) A) était encore à l'état de projet.

7.547 Comme nous l'avons expliqué, l'Indonésie allègue que sa demande au titre de l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC* était intégrée dans les questions posées aux États-Unis par l'intermédiaire du Comité OTC et figurant dans le document G/TBT/W/323. Nous notons que la communication de l'Indonésie était datée du 17 août 2009⁹¹⁴, c'est-à-dire près de deux mois après la promulgation de l'article 907 a) 1) A), le 20 juin 2009. Les questions posées par l'Indonésie aux États-Unis dans le document G/TBT/W/323 ne pouvaient donc *pas* se rapporter à un règlement technique "projeté", mais elles portaient plutôt sur un règlement technique qui avait déjà été promulgué. Par conséquent, même si les questions posées par l'Indonésie dans le document G/TBT/W/323 devaient être considérées comme une demande de détails au sens de l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*, ces questions ne concernaient pas un règlement technique projeté.

7.548 Nous notons que l'Indonésie n'a pas présenté au présent Groupe spécial d'autres éléments de preuve qui pourraient prouver qu'elle avait demandé aux États-Unis de fournir des détails sur l'article 907 a) 1) A) ou le texte de cet article lorsqu'il était encore à l'état de projet.

7.549 Par conséquent, nous constatons que, du fait qu'elle n'a pas démontré qu'elle avait demandé aux États-Unis de fournir des détails sur l'article 907 a) 1) A) ou le texte de cet article alors qu'il était encore à l'état de projet, l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

f) Conclusion

7.550 Les États-Unis n'ayant pas notifié aux Membres de l'OMC, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seraient visés par l'article 907 a) 1) A) projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être, et ce assez tôt, c'est-à-dire lorsqu'il était encore possible d'apporter des modifications et de prendre en compte les observations, le Groupe spécial constate que les États-Unis ne se sont pas acquittés des obligations leur incombant au titre de l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*.

7.551 En outre, pour les raisons exposées plus haut, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

K. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.12 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.552 L'**Indonésie** allègue qu'en ne ménageant pas un délai raisonnable d'au moins six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), les États-Unis ont manqué à leurs obligations au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.⁹¹⁵ Elle est d'avis que le droit énoncé à

⁹¹⁴ Nous notons que les questions de l'Indonésie ont été distribuées aux Membres de l'OMC dans le document G/TBT/W/323 du 20 août 2009.

⁹¹⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.

l'article 2.12 de l'*Accord OTC* devrait être appliqué, en particulier, en faveur des pays en développement.⁹¹⁶

7.553 Dans sa première communication, l'Indonésie fait référence à une décision du Comité OTC selon laquelle l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC* "sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés".⁹¹⁷ Plus tard, l'Indonésie explique que le Comité OTC a pris acte de la Décision ministérielle de Doha du 14 novembre 2001 concernant les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre ("la Décision ministérielle de Doha")⁹¹⁸, et a établi que le "délai raisonnable" était d'au moins six mois.⁹¹⁹ L'Indonésie fait valoir que cette interprétation du délai raisonnable est juridiquement contraignante pour les Membres, puisque la Décision ministérielle en question est une décision interprétative au titre de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.⁹²⁰ L'Indonésie note que la FSPTCA a été signée le 22 juin 2009 et que l'article 907 a) 1) A) est entré en vigueur 90 jours plus tard. Elle estime que ce délai de 90 jours est inférieur à la règle du "délai raisonnable" de six mois recommandé par le Comité OTC.⁹²¹

7.554 Selon l'Indonésie, la règle du "délai raisonnable" énoncée à l'article 2.12 de l'*Accord OTC* est spécifiquement conçu pour ménager aux producteurs d'autres Membres et, en particulier, à ceux des pays en développement comme l'Indonésie, suffisamment de temps pour s'adapter aux nouveaux règlements techniques adoptés par d'autres Membres. L'Indonésie soutient que les États-Unis n'ont pas respecté cette règle.⁹²²

7.555 Selon l'Indonésie, les États-Unis n'ont pas prouvé que le délai plus court appliqué était justifié au regard de l'une des circonstances d'urgence précisées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* ou que le délai raisonnable de six mois n'aurait pas permis d'atteindre les objectifs de la mesure.⁹²³

7.556 Les **États-Unis** affirment que l'Indonésie n'a pas montré qu'ils avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12.⁹²⁴ Pour eux, l'argument de l'Indonésie selon lequel le délai de 90 jours ménagé par les États-Unis n'était pas raisonnable au titre de l'article 2.12 est erroné.⁹²⁵ S'agissant du recours de l'Indonésie à une décision du Comité OTC, les États-Unis soutiennent que les décisions du Comité OTC ne font pas partie des accords visés et n'entraînent pas d'obligations impératives pour les Membres.⁹²⁶ Ils reconnaissent que la décision du Comité OTC mentionnée par l'Indonésie constitue un contexte pertinent.

⁹¹⁶ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 176.

⁹¹⁷ Comité OTC, Décisions et recommandations adoptées par le Comité depuis le 1^{er} janvier 1995, G/TBT/1/Rev.8, 23 mai 2002, page 32. Nous notons que l'Indonésie a fait référence à l'ancienne version d'une récapitulation des décisions et recommandations du Comité OTC. La version actualisée est le document G/TBT/1/Rev.9, page 21.

⁹¹⁸ Décision ministérielle de Doha du 14 novembre 2001 concernant les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre, WT/MIN(01)/17, paragraphe 5.2.

⁹¹⁹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151; réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphes 18, 25, 29.

⁹²⁰ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151; réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphes 18, 30.

⁹²¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.

⁹²² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.

⁹²³ Réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 25.

⁹²⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 304.

⁹²⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 296.

⁹²⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 298 et 299; réponse des États-Unis à la question n° 7 du Groupe spécial, paragraphes 6, 8.

7.557 En réponse au recours de l'Indonésie à la Décision ministérielle de Doha, les États-Unis font valoir qu'il ne s'agit pas d'une interprétation de l'*Accord sur l'OMC* au sens de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.⁹²⁷ Selon eux, la Décision ministérielle de Doha peut, tout au plus, être considérée comme un "moyen complémentaire d'interprétation" au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne.⁹²⁸ Les États-Unis font donc valoir que la Décision ministérielle de Doha ne peut pas être considérée comme une interprétation contraignante de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.⁹²⁹

7.558 Selon les États-Unis, étant donné que ni la décision du Comité OTC ni la Décision ministérielle de Doha ne lient l'ensemble des Membres de l'OMC, et étant donné le caractère conditionnel de leur libellé, la détermination sur le point de savoir si un délai particulier est "raisonnable" doit être faite par un groupe spécial au cas par cas. Les États-Unis étayaient leur conclusion par la définition du terme "reasonable" (raisonnable) donnée dans un dictionnaire, qui est "in accordance with reason; not irrational or absurd" (conforme à la raison; non irrationnel ou absurde).⁹³⁰ Ainsi, pour déterminer si un délai particulier est raisonnable, le Groupe spécial doit évaluer si le délai ménagé est conforme à la raison ou s'il est irrationnel ou absurde, détermination qui dépend de l'ensemble des faits et circonstances entourant la promulgation de la mesure.⁹³¹

7.559 Selon les États-Unis, l'Indonésie n'a pas démontré pourquoi, dans le cas d'espèce, le "délai raisonnable" ne devrait pas être inférieur à six mois. Pour eux, l'Indonésie n'explique pas pourquoi le fait de retarder la date d'entrée en vigueur de six mois serait compatible avec les objectifs de la mesure.⁹³² À cet égard, les États-Unis rappellent que le libellé de la Décision ministérielle de Doha prévoit que le "délai raisonnable" ne sera pas, dans des circonstances normales, inférieur à six mois. Pour eux, cela signifie que le "délai raisonnable" peut être inférieur à six mois.⁹³³

7.560 Les États-Unis font par ailleurs valoir que l'Indonésie n'a fourni aucun élément de preuve indiquant que la différence entre un délai de 90 jours et un délai de six mois avait une incidence quelconque sur la capacité des producteurs indonésiens d'"adapter leurs produits ou méthodes de production aux exigences du Membre importateur". Selon les États-Unis, les producteurs indonésiens étaient et sont en mesure de commercialiser des cigarettes aromatisées au tabac et des cigarettes aromatisées au menthol sur le marché des États-Unis. Pour autant, à la connaissance des États-Unis, les producteurs indonésiens, même 16 mois après la promulgation de la FSPTCA, n'ont pas adapté leurs lignes de produits pour produire des cigarettes aromatisées au tabac ou au menthol. Ainsi, selon les États-Unis, il apparaît que la question de savoir s'ils ont attendu trois mois ou six mois après la promulgation de la mesure pour en autoriser l'entrée en vigueur n'a en aucune façon affecté les producteurs indonésiens.⁹³⁴

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.561 Nous rappelons que la FSPTCA a été promulguée aux États-Unis le 22 juin 2009. La mesure en cause dans le présent différend, l'article 907 a) 1) A), est entrée en vigueur trois mois après la date

⁹²⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁹²⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 3; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 103.

⁹²⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁹³⁰ *New Oxford English Dictionary*, vol. 2, page 2496 (1993) (pièce US-82); réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 4.

⁹³¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 301.

⁹³² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 302; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 102 et 104.

⁹³³ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 104.

⁹³⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 303.

de promulgation de la FSPTCA. La question dont le Groupe spécial est saisi est par conséquent celle de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* en ménageant un délai de trois mois entre la promulgation de la FSPTCA et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A). En particulier, la principale question est de savoir si, comme l'Indonésie l'allègue, l'article 2.12 de l'*Accord OTC* obligeait les États-Unis à ménager un délai *minimal* de *six mois* entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A).

7.562 Comme pour d'autres dispositions examinées dans le présent différend, nous sommes confrontés à une question sans précédent puisque aucun rapport antérieur de l'Organe d'appel ou de groupe spécial, n'a interprété l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. Nous commencerons donc par examiner la disposition juridique en cause pour déterminer le critère juridique applicable.

b) Disposition juridique en cause

7.563 L'article 2.12 de l'*Accord OTC* est libellé comme suit:

"Sauf dans les circonstances d'urgence visées au paragraphe 10, les Membres ménageront un délai raisonnable entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur, afin de laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur."

7.564 Nous notons que cette disposition commence par exclure du champ de l'obligation de ménager un délai raisonnable les "circonstances d'urgence visées au paragraphe 10". Nous croyons savoir que cela signifie que l'obligation de ménager un délai raisonnable entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur ne s'appliquerait pas si "des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se pos[aient] ou mena[çaient] de se poser".⁹³⁵

7.565 Nous rappelons qu'en réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont confirmé qu'ils n'avaient pas notifié l'article 907 a) 1) A) au Secrétariat de l'OMC conformément à l'article 2.10.1 de l'*Accord OTC*.⁹³⁶ Comme nous l'avons indiqué dans nos constatations concernant l'allégation de violation de l'article 2.10 de l'*Accord OTC* formulée par l'Indonésie, le Groupe spécial estime que les circonstances d'urgence prévues dans cette disposition n'existaient pas en l'espèce. Partant, l'obligation énoncée à l'article 2.12 de l'*Accord OTC* s'applique au présent différend et les États-Unis étaient ainsi tenus de ménager un délai raisonnable entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A).

7.566 En conséquence, sauf dans les circonstances d'urgence décrites ci-dessus, l'article 2.12 oblige ("shall" dans la version anglaise) les Membres à ménager un "délai raisonnable" entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur. L'article 2.12 explique aussi la raison pour laquelle un tel délai est nécessaire: "laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur".

7.567 Nous examinerons donc si le délai ménagé par les États-Unis entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) était "raisonnable" au sens de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. Nous notons qu'à cet égard, les deux parties conviennent qu'aux fins de l'article 2.12, la date de "publication" de l'article 907 a) 1) A) est le 22 juin 2009 (à savoir la date à laquelle la FSPTCA est

⁹³⁵ Article 2.10 de l'*Accord OTC*.

⁹³⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 150.

devenue une loi) et que la date d'"entrée en vigueur" est le 22 septembre 2009 (à savoir la date à laquelle l'article 907 a) 1) A) a pris effet).⁹³⁷ Les deux parties ont indiqué que le délai effectif ménagé par les États-Unis était un délai de 90 jours ou de trois mois.⁹³⁸ Il est donc demandé au Groupe spécial de décider si le délai de 90 jours ou de trois mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) constitue un délai raisonnable au sens de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

7.568 Concernant l'interprétation de l'expression "délai raisonnable", l'Indonésie a appelé l'attention du Groupe spécial sur une décision prise par le Comité OTC⁹³⁹ à sa réunion du 15 mars 2002, qui prend acte du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha.⁹⁴⁰ Ce paragraphe dispose ce qui suit:

"Sous réserve des conditions énoncées au paragraphe 12 de l'article 2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'expression "délai raisonnable" sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés."

7.569 Nous notons que les parties ne sont pas d'accord sur la valeur interprétative de la Décision ministérielle de Doha. L'Indonésie fait valoir que l'interprétation du délai raisonnable donnée dans la Décision ministérielle de Doha est juridiquement contraignante pour les Membres de l'OMC du fait que la Décision ministérielle est une décision interprétative au titre de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.⁹⁴¹

7.570 Les États-Unis, au contraire, sont d'avis que la Décision ministérielle de Doha ne constitue pas une interprétation au sens de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* car elle n'est pas censée énoncer une interprétation de l'*Accord sur l'OMC*.⁹⁴² Selon les États-Unis, rien dans le texte de la Décision ministérielle de Doha ne fait référence à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, ni n'indique que les procédures prévues dans cette disposition pour l'adoption de ces interprétations ont été suivies.⁹⁴³ Selon les États-Unis, la Décision ministérielle de Doha peut, tout au plus, être considérée comme un "moyen complémentaire d'interprétation" au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne.⁹⁴⁴

7.571 Nous notons que l'*Accord sur l'OMC* est catégorique s'agissant de savoir qui a le pouvoir d'établir des interprétations faisant autorité et, donc, contraignantes des dispositions des accords visés. En effet, l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* dispose ce qui suit:

⁹³⁷ En réponse à la question n° 72 du Groupe spécial, les États-Unis ont expliqué ce qui suit:

"Le Congrès des États-Unis a adopté la Loi sur le contrôle du tabac le 11 juin 2009. Le Président a promulgué la Loi en tant que loi des États-Unis le 22 juin 2009. La Loi, telle que promulguée par le Président, a été rendue publique (publiée sur le site Web du gouvernement des États-Unis consacré à la législation) le 22 juin 2009. C'est le 22 septembre 2009 que l'article 907 a) 1) A) a pris effet."

⁹³⁸ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145; réponse de l'Indonésie aux questions du Groupe spécial n° 2, paragraphe 7, et n° 3, paragraphe 10; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151; première communication écrite des États-Unis, paragraphes 296, 298 et 302.

⁹³⁹ Voir la note de bas de page 917 ci-dessus.

⁹⁴⁰ Voir la note de bas de page 918 ci-dessus.

⁹⁴¹ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151; réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphes 18 et 30.

⁹⁴² Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁹⁴³ Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁹⁴⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 3; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 103.

"La Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux. ... La décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres ..."

7.572 Par conséquent, la Conférence ministérielle (et le Conseil général) a le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations des accords visés.⁹⁴⁵ La Décision ministérielle de Doha en cause a de fait été adoptée par consensus par la Conférence ministérielle.⁹⁴⁶

7.573 Nous notons que le premier considérant du préambule de la Décision ministérielle de Doha indique que la Conférence ministérielle avait statué sur les questions abordées dans la Décision "eu égard", entre autres choses, à l'article IX de l'*Accord sur l'OMC*. Nous observons que la Décision ne précise pas le paragraphe de l'article IX eu égard auquel la Conférence ministérielle a statué, mais fait généralement référence à cette disposition dans son ensemble. Nous notons néanmoins que, parmi les divers paragraphes de l'article IX de l'*Accord sur l'OMC*, *seul* le paragraphe 2 fait référence à l'interprétation.

7.574 Toutefois, les États-Unis font valoir que la Décision ministérielle de Doha ne constitue pas une interprétation faisant autorité de l'article IX:2 car les prescriptions procédurales qui y sont décrites n'ont pas été suivies. Comme le font remarquer les États-Unis, l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* prévoit une prescription préliminaire qui s'applique relativement aux Accords de l'OMC incorporés à l'Annexe 1 (y compris l'*Accord OTC*). Spécifiquement, lorsqu'elle adoptera une interprétation faisant autorité en vertu de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, la Conférence ministérielle (et le Conseil général) agira "en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement dudit accord". À ce propos, comme le suggèrent les États-Unis, il apparaît que lorsqu'elle a adopté la Décision ministérielle de Doha, la Conférence ministérielle n'a pas satisfait à la prescription préliminaire prévue à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*; autrement dit, aucune recommandation n'avait été émise à titre préliminaire par le Conseil du commerce des marchandises ou le Comité OTC.⁹⁴⁷ L'Indonésie ne partage pas ce point de vue et souligne que la Décision ministérielle de Doha a été adoptée en réponse aux problèmes soulevés par les pays en développement concernant la mise en œuvre des Accords de l'OMC.⁹⁴⁸ L'Indonésie soutient donc que, au regard du paragraphe 12 de la Déclaration ministérielle de Doha⁹⁴⁹ et du préambule de la Décision ministérielle de Doha, il est évident que l'interprétation a été établie sur la base de discussions menées au sein du Conseil général et des organes subsidiaires de l'OMC.⁹⁵⁰

7.575 On pourrait faire valoir que l'absence de cette prescription formelle est insuffisante pour conclure que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha ne constitue pas une interprétation faisant autorité en vertu de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* puisque tous les Membres de l'OMC réunis en Conférence ministérielle sont convenus d'une interprétation d'une disposition des Accords de l'OMC. Nous notons que le but de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* est de permettre aux Membres de préciser le sens des dispositions de l'OMC. À notre avis, le

⁹⁴⁵ Nous notons que dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, l'Organe d'appel a précisé que l'adoption par l'ORD d'un rapport de groupe spécial n'équivalait pas à une interprétation définitive du GATT de 1994. Selon l'Organe d'appel, ce point de vue est confirmé par le fait que l'*Accord sur l'OMC* prévoit à l'article IX:2 un "pouvoir exclusif" d'adopter des interprétations contraignantes des obligations contractées dans le cadre de l'OMC, pouvoir qui "n'est conféré nulle part ailleurs de façon implicite ou fortuite". Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 16; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 21 et 22.

⁹⁴⁶ La Conférence ministérielle de Doha s'est tenue du 9 au 14 novembre 2001.

⁹⁴⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.

⁹⁴⁸ Réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 27.

⁹⁴⁹ Déclaration ministérielle de Doha du 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 12.

⁹⁵⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 27.

paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha remplit ce but puisqu'il donne une interprétation de certains termes figurant dans les règles de l'OMC, en particulier de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. Ce point de vue est renforcé par les termes mêmes du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha qui donne une interprétation de l'expression "délai raisonnable" à l'aide du membre de phrase "sera interprétée comme signifiant ...". Il apparaît que l'utilisation du terme "sera", et non pas, par exemple, des termes "devrait" ou "pourra", donne à penser que la Conférence ministérielle, soit l'organe de plus haut niveau de l'OMC réunissant tous les Membres, entendait que le paragraphe 5.2 soit contraignant.⁹⁵¹

7.576 Bien que les parties ne s'entendent pas sur le fait de considérer le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha comme une interprétation faisant autorité en vertu de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, le présent Groupe spécial estime qu'il doit être guidé par ce paragraphe pour son interprétation de l'expression "délai raisonnable", puis qu'il a été adopté par tous les Membres de l'OMC réunis en Conférence ministérielle, l'organe de rang le plus élevé de l'OMC. De plus, le Groupe spécial est d'avis que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha pourrait être considéré comme un accord ultérieur des parties, au sens de l'article 31(3) a) de la Convention de Vienne⁹⁵², sur l'interprétation du "délai raisonnable" visé à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.⁹⁵³

⁹⁵¹ Nous notons que le Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II* a constaté qu'"une déclaration n'[avait] pas le caractère contraignant d'une décision", étant une simple "déclaration" et non une "décision" des Ministres. Selon ce Groupe spécial, la simple reconnaissance de la nécessité d'une action, comme dans une décision ministérielle, ne rend pas cette action obligatoire, alors que "[d]ans une décision ministérielle, par contre, les Ministres "décident" qu'une certaine action sera engagée". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphe 6.17. Dans l'affaire *États-Unis – FSC*, l'Organe d'appel a expliqué que les "décisions" prises dans le cadre du GATT au sens de l'article XVI:1 de l'*Accord sur l'OMC* "guid[aient]" l'OMC. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 115.

⁹⁵² L'article 31 3) a) de la Convention de Vienne est ainsi libellé: "3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte: a) [d]e tout accord ultérieur intervenu entre les Parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ...". Dans l'affaire *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, l'Organe d'appel a fait référence aux commentaires de la Commission du droit international (la "CDI") sur les projets d'articles concernant le droit des traités, qui décrivent un accord ultérieur comme étant un "autre élément authentique d'interprétation dont il faut tenir compte en même temps que du contexte". L'Organe d'appel a conclu qu'en faisant référence à une "interprétation authentique", "la CDI interprét[ait] l'article 31(3) a) [de la Convention de Vienne] comme visant les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité". Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, Genève, 4 mai au 19 juillet 1966" (1966) II *Annuaire de la Commission du droit international* 172, page 241, paragraphe 14; rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 390.

⁹⁵³ Nous notons que les États-Unis ont présenté l'argument selon lequel la Décision ministérielle de Doha pourrait, tout au plus, être considérée comme un "moyen complémentaire d'interprétation" au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne (réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 3; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 103). L'article 32 de la Convention de Vienne est ainsi libellé:

"Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

- a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable."

Nous notons que l'article 32 de la Convention de Vienne autorise l'interprète d'un traité à faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation si, après que l'article 31 de la Convention de Vienne a été appliqué, le sens du terme considéré reste ambigu ou obscur, ou le résultat obtenu est manifestement absurde ou déraisonnable. Nous observons que, au cas où la Décision ministérielle de Doha ne pourrait pas équivaloir à un accord ultérieur, *quod non*, nous pourrions encore l'utiliser pour confirmer notre interprétation du concept de

7.577 Nous nous penchons par conséquent sur le texte du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha lui-même pour déterminer s'il pourrait aider le présent Groupe spécial dans sa tâche consistant à décider si le délai de trois mois ménagé par les États-Unis entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) constitue un délai raisonnable dans le cadre de l'article 2.12.

7.578 Nous rappelons que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha dispose que "l'expression "délai raisonnable" sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés". Le Groupe spécial observe que le délai pas inférieur à six mois est assorti d'une condition exprimée par le terme "normalement" dont il apparaît donc qu'il limite l'obligation aux cas qui existent "under normal or usual conditions; as a rule" (dans des conditions normales ou habituelles; en règle générale).⁹⁵⁴

7.579 Les États-Unis font valoir que, puisque l'obligation est assortie d'une condition exprimée par le terme "normalement", il n'est pas attendu d'un Membre qu'il ménage un délai de six mois dans tous les cas, en particulier lorsque le fait de retarder l'entrée en vigueur compromettrait la capacité de la mesure d'atteindre l'objectif légitime considéré.⁹⁵⁵ Ils soutiennent en outre que étant donné que la Décision ministérielle de Doha ne lie pas l'ensemble des Membres de l'OMC et étant donné le caractère conditionnel de son libellé, la détermination sur le point de savoir si un délai particulier est "raisonnable" doit être faite par un groupe spécial au cas par cas.⁹⁵⁶ Les États-Unis étaient en outre leur conclusion par la définition du terme "reasonable" (raisonnable) donnée dans un dictionnaire, qui est "in accordance with reason; not irrational or absurd" (conforme à la raison; non irrationnel ou absurde).⁹⁵⁷ Ils font valoir qu'ainsi, pour déterminer si un délai particulier est raisonnable, le Groupe spécial doit évaluer si le délai ménagé est conforme à la raison ou s'il est irrationnel ou absurde, détermination qui dépend de l'ensemble des faits et circonstances entourant la promulgation de la mesure.⁹⁵⁸

7.580 Nous convenons que l'inclusion du terme "normalement" avant la définition de la durée de six mois du délai raisonnable conditionne la durée de ce délai. Le Groupe spécial a examiné si le terme "normalement" pouvait être interprété comme signifiant "dans tout cas autre que des circonstances d'urgence" et a conclu que, sur le plan de l'analyse textuelle, cela ne pouvait pas être le cas. Ainsi qu'il est expliqué plus haut, la première phrase de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* dispose déjà qu'elle s'applique "[s]auf dans les circonstances d'urgence visées au paragraphe 10". En conséquence, si nous devons interpréter le terme "normalement" figurant au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha comme signifiant "sauf dans des circonstances d'urgence", nous donnerions effectivement une lecture qui exclut cette dernière expression de la première phrase du texte de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, ou qui exclut le terme "normalement" du texte du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha. Nous sommes donc d'avis que la ligne directrice concernant les six mois ne s'applique pas indistinctement à tous les cas non urgents et qu'il peut exister des cas non urgents où il serait raisonnable d'appliquer un délai plus court alors que dans d'autres cas, ce délai devrait être supérieur à six mois.

7.581 Nous pensons aussi comme les États-Unis qu'un examen de la question de savoir si un délai aux fins de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* est raisonnable doit être effectué au cas par cas. Nous

délai raisonnable visé à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, ou même pour déterminer le sens de ce concept si le terme restait ambigu ou obscur.

⁹⁵⁴ *Oxford English Dictionary Online*, consulté le 25 mai 2011.

⁹⁵⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 300.

⁹⁵⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 301.

⁹⁵⁷ *New Oxford English Dictionary*, vol. 2, page 2496 (1993) (pièce US-82).

⁹⁵⁸ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 301.

devons donc examiner les circonstances de l'adoption de l'article 907 a) 1) A) pour décider si l'obligation de ménager un "délai raisonnable" entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) prévue à l'article 2.12 de l'*Accord OTC* a été respectée par les États-Unis. En particulier, nous examinerons si, compte tenu des circonstances de la présente affaire, le délai de trois mois ménagé par les États-Unis entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) était suffisant pour constituer un délai raisonnable au sens de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, ou si les États-Unis auraient dû ménager au moins six mois entre les deux événements. Toutefois, pour les raisons déjà expliquées plus haut, bien que notre examen doive être éclairé par les faits et circonstances spécifiques de la présente affaire, nous serons guidés par la règle générale énoncée dans la Décision ministérielle de Doha.

7.582 Le texte de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* nous donne quelques indications sur ce qui doit être examiné dans un cas particulier. En effet, l'article 2.12 de l'*Accord OTC* explique que la raison pour laquelle un délai est ménagé entre la publication et l'entrée en vigueur d'un règlement technique est de laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur. Par conséquent, le Groupe spécial peut examiner si le délai de trois mois ménagé par les États-Unis entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) a laissé aux producteurs indonésiens le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur.

7.583 Les États-Unis font valoir que l'Indonésie n'a fourni aucun élément de preuve indiquant que la différence entre un délai de trois mois et un délai de six mois avait une incidence quelconque sur la capacité des producteurs indonésiens d'"adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur". Selon les États-Unis, les producteurs indonésiens étaient et sont en mesure de commercialiser des cigarettes aromatisées au tabac et des cigarettes aromatisées au menthol sur le marché des États-Unis. Pour autant, à la connaissance des États-Unis, les producteurs indonésiens, même 16 mois après la promulgation de la FSPTCA, n'ont pas adapté leurs lignes de production pour produire des cigarettes aromatisées au tabac ou au menthol. Les États-Unis font donc valoir qu'il apparaît que la question de savoir s'ils ont attendu trois mois ou six mois après la promulgation de la mesure pour en autoriser l'entrée en vigueur n'a en aucune façon affecté les producteurs indonésiens.⁹⁵⁹

7.584 En examinant si l'Indonésie a eu suffisamment de temps pour se préparer à l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, le Groupe spécial note que l'Indonésie a participé au processus législatif des États-Unis qui a conduit à l'adoption de l'article 907 a) 1) A) et savait donc que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était proche. À cet égard, l'Indonésie nous dit qu'elle a fait part de ses préoccupations à la Maison blanche et au Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ("USTR") à de nombreuses reprises.⁹⁶⁰ Par exemple, le 15 mai 2009, au cours de réunions bilatérales au niveau ministériel tenues à Washington D.C., l'Indonésie a informé l'USTR de ses préoccupations concernant la discrimination à l'encontre des cigarettes aux clous de girofle établie dans la loi. Lorsque la Chambre des représentants des États-Unis a examiné la législation en première lecture en juillet 2008⁹⁶¹, M. Mike Leavitt, alors Secrétaire à la santé et aux services sociaux des États-Unis, a adressé une lettre au Vice-Président de

⁹⁵⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 303.

⁹⁶⁰ Voir la lettre adressée par S.E. Mme Mari Pangestu, Ministre du commerce de l'Indonésie, à M. l'Ambassadeur Ron Kirk, Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, datée du 3 juillet 2009; la lettre adressée par S.E. M. Sudjadnan Parnohadiningrat, Ambassadeur de l'Indonésie aux États-Unis, au Chef de la majorité au Sénat des États-Unis, M. Harry Reid, datée du 8 avril 2009; et la lettre adressée par S.E. Mme Mari Pangestu, Ministre du commerce de l'Indonésie, à Mme l'Ambassadeur Susan C. Schwab, datée du 28 août 2007 (pièce IND-15).

⁹⁶¹ À savoir plus d'un an avant l'adoption de la FSPTCA, qui a été signée le 22 juin 2009.

la Commission de l'énergie et du commerce de la Chambre et membre du Congrès, M. Joe Barton, pour faire part de ses préoccupations concernant la législation telle qu'elle était libellée. L'une des préoccupations exprimées par M. Levitt était la suivante:

"Nos partenaires commerciaux sont d'avis qu'en interdisant la vente des cigarettes aux clous de girofle sans interdire celle des cigarettes mentholées, le projet de loi soulève des questions au regard des obligations des États-Unis en matière de commerce international. Le gouvernement indonésien s'est, à plusieurs reprises, élevé contre le projet de loi au motif que ce traitement inégal était injustifié et incompatible avec les règles commerciales de l'OMC. En conséquence, je recommanderais que la Commission examine plus avant le libellé pertinent de ce point de vue pour faire en sorte que le projet de loi soit compatible avec les obligations des États-Unis en matière de commerce."⁹⁶²

7.585 On pourrait faire valoir que par sa participation active au processus législatif, l'Indonésie aurait été suffisamment avisée de l'adoption imminente de l'article 907 a) 1) A) pour pouvoir préparer sa branche de production à l'interdiction. Dans ce cas de figure, le fait que le délai ménagé par les États-Unis était de trois mois au lieu de six n'aurait pas eu de conséquences importantes. Cela peut cependant être perçu sous un angle différent, à savoir sous celui des attentes suscitées par la Décision de Doha relative à la mise en œuvre elle-même. En effet, comme nous l'avons vu plus haut, tous les Membres, réunis en Conférence ministérielle, sont convenus que le délai raisonnable serait normalement, à savoir en règle générale, d'au moins six mois. L'Indonésie, malgré sa participation au processus législatif, aurait raisonnablement pu s'attendre à disposer d'au moins six mois pour adapter sa branche de production. Par ailleurs, la participation active de l'Indonésie au processus législatif donne fortement à penser qu'elle a considéré qu'il y avait, au moins dans une certaine mesure, une possibilité d'obtenir l'exclusion des cigarettes aux clous de girofle du champ de l'interdiction.

7.586 Le texte du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha nous donne aussi des indications utiles quant aux circonstances à examiner. Nous rappelons que la Décision ministérielle de Doha indique que le délai raisonnable sera interprété comme n'étant normalement pas inférieur à six mois, "sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés".

7.587 À ce sujet, l'Indonésie fait valoir que "ni la Loi elle-même ni aucune autre déclaration des États-Unis n'indique qu'il était nécessaire que [l'article 907 a) 1) A)] entre en vigueur 90 jours après sa signature pour atteindre les objectifs de la Loi".⁹⁶³ Elle fait en outre valoir que les États-Unis admettent que l'article 907 a) 1) A) ne répondait pas à un "problème urgent" au sens de l'article 2.10 de l'*Accord OTC*.⁹⁶⁴

7.588 Les États-Unis font valoir que la FSPTCA "répond directement à un problème grave – le tabagisme chez les jeunes" et que "le Congrès entendait limiter ce comportement dans toute la mesure du possible".⁹⁶⁵

7.589 Nous rappelons le long historique de l'élaboration de la FSPTCA. Nous rappelons de plus nos constatations selon lesquelles, en l'absence de tout élément de preuve ou argument établissant que des

⁹⁶² Lettre de M. Mike Leavitt, Secrétaire à la santé et aux services sociaux, à M. Joe Barton, membre du Congrès, datée du 21 juillet 2008 (pièce IND-16), page 2. Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 24. Nous examinons la participation de l'Indonésie au processus législatif des États-Unis et les réactions des membres-clés du gouvernement des États-Unis à cette participation de manière plus détaillée ci-après, dans le cadre de l'examen de l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.

⁹⁶³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.

⁹⁶⁴ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151.

⁹⁶⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 302.

problèmes urgents, entre autres choses, de santé se posaient ou menaçaient de se poser lors de l'adoption de l'article 907 a) 1) A), les circonstances d'urgence en question n'existaient pas.⁹⁶⁶

7.590 Nous notons aussi qu'il n'est pas contesté que les cigarettes aux clous de girofle étaient déjà vendues aux États-Unis depuis environ 40 ans au moment de l'interdiction et avaient détenu une part stable du marché pendant au moins dix ans avant l'interdiction. Qui plus est, les autres cigarettes aromatisées interdites par l'article 907 a) 1) A) avaient été introduites sur le marché des États-Unis plusieurs années avant l'interdiction et ne détenaient pas de part appréciable du marché au moment de l'interdiction.

7.591 Les États-Unis font valoir que l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait de démontrer que la période de trois mois ménagée par les États-Unis n'était pas raisonnable car elle n'a pas expliqué pourquoi le fait de retarder la date d'effet de six mois serait compatible avec les objectifs de la mesure.⁹⁶⁷ Nous ne partageons pas cet avis. Nous rappelons les constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine* selon lesquelles "la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption".⁹⁶⁸ Nous rappelons aussi qu'"un commencement de preuve, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve".⁹⁶⁹

7.592 Nous estimons que l'Indonésie a établi *prima facie* que le fait de ménager au moins six mois entre la date de publication de l'article 907 a) 1) A) et son entrée en vigueur n'empêcherait pas d'atteindre l'objectif recherché par l'article 907 a) 1) A). Il incombait donc aux États-Unis de démontrer pourquoi le délai entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) devrait être considéré comme exempté de la règle et donc de démontrer pourquoi il devait être inférieur au délai "normal" "[pas] inférieur à six mois". Les États-Unis n'ont fourni aucune argumentation ni présenté aucun élément de preuve à cet égard.

7.593 Nous ne sommes donc pas convaincus que le fait de retarder l'interdiction de six mois, au lieu des trois mois prévus à l'article 907 a) 1) A), n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif recherché par les États-Unis. Ces derniers n'ont pas expliqué au Groupe spécial pourquoi ils jugeaient que ménager un délai de 90 jours/trois mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) permettrait d'atteindre l'objectif recherché par l'article 907 a) 1) A), alors qu'un délai de six mois ne le permettrait pas. Les États-Unis n'ont pas non plus expliqué pourquoi un délai de six mois ne permettrait pas d'atteindre l'objectif recherché alors que leur gouvernement n'avait pas jugé nécessaire de notifier l'article 907 a) 1) A) en tant que mesure urgente au titre de l'article 2.10 de l'*Accord OTC*.

7.594 Nous ne disons pas que la charge de la preuve dans une allégation au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* incombe au défendeur.⁹⁷⁰ La charge de la preuve incombe à l'Indonésie. Nous disons que l'Indonésie a convaincu le Groupe spécial que, compte tenu de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* et du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, un délai inférieur à six mois n'était pas

⁹⁶⁶ Voir la section VII.I.2 c).

⁹⁶⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 302.

⁹⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

⁹⁶⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 104. Cela a été confirmé par l'Organe d'appel dans ses rapports sur les affaires *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 98 et 136, et *Japon – Pommes*, paragraphe 159.

⁹⁷⁰ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 274, 275 et 282.

raisonnable dans les circonstances de la présente affaire et que les États-Unis n'ont pas réfuté cette présomption.

c) Conclusion

7.595 Le Groupe spécial constate qu'en ne ménageant pas un délai pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

L. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 12.3 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.596 L'Indonésie allègue que l'article 907 a) 1) A) viole à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* parce que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle a créé un obstacle non nécessaire aux exportations d'un pays en développement. Elle estime qu'elle a déjà démontré dans le contexte de son allégation au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle créait un obstacle non nécessaire à ses exportations.⁹⁷¹ Elle fait valoir que, du fait que les cigarettes aux clous de girofle vendues aux États-Unis étaient avant tout des produits importés d'Indonésie, les États-Unis étaient obligés de tenir compte des besoins spéciaux du développement et du commerce de l'Indonésie, pays en développement Membre.⁹⁷² Il n'y a pas moins de six millions d'Indonésiens qui sont employés directement ou indirectement pour la fabrication des cigarettes et la culture du tabac.⁹⁷³ L'Indonésie affirme qu'elle a fait part aux États-Unis de ses préoccupations concernant l'effet que l'interdiction aurait sur son commerce à plusieurs reprises, dans le cadre des discussions bilatérales menées en août 2009, des questions de l'Indonésie concernant la justification de l'article 907 a) 1) A) qui ont été distribuées dans le document G/TBT/W/32 et des déclarations faites à la réunion du Comité OTC de novembre 2009.⁹⁷⁴ Elle affirme que les États-Unis n'ont pas tenu compte de ses préoccupations répétées et n'ont jamais fourni la moindre justification pour la mesure ni ont expliqué à l'Indonésie en quoi ils s'étaient acquittés de leurs obligations au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, eu égard à l'effet notable que l'article 907 a) 1) A) aurait sur son commerce et son développement de l'Indonésie.⁹⁷⁵

7.597 L'Indonésie estime qu'on ne peut pas considérer que les États-Unis se sont acquittés de leur obligation au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* simplement en lui permettant de présenter des observations sur l'article 907 a) 1) A) et simplement en écoutant ces observations.⁹⁷⁶ Elle estime que l'article 2.9.4 de l'*Accord OTC* garantit déjà ce droit et que l'interprétation de l'article 12.3 que font les États-Unis reviendrait par conséquent à priver cette disposition d'existence.⁹⁷⁷ De l'avis de

⁹⁷¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 147.

⁹⁷² Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 147.

⁹⁷³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 5; réponse de l'Indonésie à la question n° 114 du Groupe spécial, paragraphes 68 à 70.

⁹⁷⁴ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 147; réponse de l'Indonésie à la question n° 76 du Groupe spécial, paragraphe 151; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 154.

⁹⁷⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 147.

⁹⁷⁶ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 184 à 186.

⁹⁷⁷ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 185; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 156 et 157; observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 74.

l'Indonésie, l'article 12.3 exige des Membres qu'ils "fassent quelque chose".⁹⁷⁸ Elle affirme que les États-Unis ne peuvent pas indiquer un quelconque endroit dans la Loi ou dans l'historique de son élaboration où le Congrès aurait seulement employé l'expression "pays en développement".⁹⁷⁹

7.598 L'Indonésie estime que le Groupe spécial devrait se montrer extrêmement prudent avant de transposer des aspects quelconques du raisonnement suivi par le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* dans l'interprétation de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, étant donné que, selon elle, l'article 12.3 de l'*Accord OTC* diffère de l'article 10:1 de l'*Accord SPS* en ce sens que le premier, effectivement, "prescrit un résultat spécifique à obtenir".⁹⁸⁰ Néanmoins, elle estime que plusieurs aspects du rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* fournissent des indications et instructions utiles aux fins de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* et du présent différend.⁹⁸¹ Entre autres choses, il apparaît que l'Indonésie souscrit à l'interprétation donnée par le Groupe spécial, de l'expression "tenir compte de" et rappelle la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "tenir compte de" suppose de "prendre en considération en même temps que d'autres facteurs avant d'arriver à une décision".⁹⁸²

7.599 L'Indonésie précise que sa position n'est pas que la dernière partie de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* énonce une interdiction juridique autonome visant la création d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres.⁹⁸³ Elle affirme que, bien qu'un pays en développement invoquant l'article 12.3 de l'*Accord OTC* n'ait pas à prouver qu'il a fait connaître au pays développé promulguant un règlement technique les besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce pour déclencher la protection prévue dans cette disposition⁹⁸⁴, c'est pourtant bien ce qu'elle a fait à plusieurs reprises.⁹⁸⁵ Elle estime qu'il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial échafaude des hypothèses sur le type d'éléments de preuve qui seraient suffisants pour établir qu'un Membre mettant en œuvre un règlement technique s'est acquitté de l'obligation de "tenir compte" des besoins spéciaux des pays en développement; de fait, ce que les États-Unis ont fait est clair et la seule question qui se pose est de savoir si ces actions satisfaisaient aux prescriptions de l'article 12.3.⁹⁸⁶

7.600 En réponse aux États-Unis qui demandent si elle est un "pays en développement", l'Indonésie fait observer que la Banque mondiale la classe comme tel, que son statut de pays en développement Membre de l'OMC a été reconnu dans l'affaire *Indonésie – Automobiles* et qu'elle fait également partie des pays en développement membres du G-33 à l'OMC.⁹⁸⁷

7.601 L'Indonésie estime qu'il n'y a rien dans le libellé de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* qui implique que les besoins des pays en développement doivent être "spécifiques" aux pays en développement; de fait, cette disposition identifie les "besoins ... du développement, des finances et

⁹⁷⁸ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 184, 186.

⁹⁷⁹ Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 187.

⁹⁸⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 73 du Groupe spécial, paragraphe 145; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 153.

⁹⁸¹ Réponse de l'Indonésie à la question n° 73 du Groupe spécial, paragraphe 146.

⁹⁸² Deuxième communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 276 (citant le rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1620).

⁹⁸³ Réponse de l'Indonésie à la question n° 74 du Groupe spécial, paragraphe 147.

⁹⁸⁴ Réponse de l'Indonésie à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphes 148 à 150; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 153.

⁹⁸⁵ Réponse de l'Indonésie à la question n° 76 du Groupe spécial, paragraphe 151; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 154.

⁹⁸⁶ Réponse de l'Indonésie à la question n° 77 du Groupe spécial, paragraphes 152 et 153; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 155.

⁹⁸⁷ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 277.

du commerce" comme étant les besoins "spéciaux" des pays en développement dont il doit être tenu compte.⁹⁸⁸

7.602 Les **États-Unis** affirment que l'Indonésie n'a pas démontré qu'ils avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'*Accord OTC*. Ils font valoir que pour établir l'existence d'une violation de l'article 12.3, la partie plaignante doit démontrer: a) qu'elle est un pays en développement; b) que l'autre Membre n'a pas tenu compte des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce durant l'élaboration et l'application d'un règlement technique; et c) que ledit Membre n'a pas tenu compte de ces besoins pour faire en sorte que le règlement technique ne crée pas d'obstacles non nécessaires aux exportations.⁹⁸⁹

7.603 Les États-Unis estiment que même à supposer pour les besoins de l'argumentation qu'elle soit un pays en développement, l'Indonésie n'a pas démontré qu'ils n'avaient pas tenu compte d'un ou de plusieurs de ses besoins spéciaux pour la promulgation de la loi. Au contraire, au cours des cinq années qui ont séparé le moment où le projet de loi initial a été présenté pour examen à la Chambre des représentants en 2004 et celui où la loi a été promulguée en 2009, l'Indonésie a eu d'amples possibilités de faire connaître ses vues tant au Congrès qu'à l'Exécutif et qu'en fait, elle a bien fait connaître ses vues. Les États-Unis rappellent que l'Indonésie a eu de nombreux échanges tant avec le Congrès qu'avec l'Exécutif, ce qui a fait qu'eux-mêmes étaient parfaitement au courant de sa position. Ils estiment qu'en lui donnant la possibilité de formuler des observations sur les versions précédentes de la législation, ainsi que sur la version qui a été effectivement promulguée en tant que loi des États-Unis, les États-Unis se sont acquittés de leurs obligations au titre de l'article 12.3.⁹⁹⁰

7.604 Les États-Unis font valoir en outre que l'article 12.3 n'exige pas du pays développé Membre qu'il accepte toutes les recommandations présentées par le pays en développement Membre, et que le fait que le Congrès a décidé d'accorder davantage de valeur à la santé publique qu'aux intérêts des cigarettiers, tant nationaux qu'étrangers, ne signifie pas que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3.⁹⁹¹

7.605 Les États-Unis estiment que l'Indonésie n'a pas établi que l'article 907 a) 1) A) créait un obstacle non nécessaire à l'exportation, pour les raisons exposées dans le contexte de l'allégation au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.⁹⁹²

7.606 Les États-Unis estiment que sur la base des similitudes entre les dispositions, l'article 10:1 de l'*Accord SPS* fournit un contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, et que les rapports passés de l'OMC qui ont examiné le sens de l'article 10:1, tels que le rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, peuvent être instructifs pour le Groupe spécial en l'espèce.⁹⁹³

7.607 De plus, les États-Unis font valoir que l'Indonésie n'a pas identifié les "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce" spécifiques à un pays en développement qu'elle avait et

⁹⁸⁸ Réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphes 66 et 67.

⁹⁸⁹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 307.

⁹⁹⁰ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 308; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 109.

⁹⁹¹ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 309; réponse des États-Unis à la question n° 77 du Groupe spécial, paragraphe 158; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 109; réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 118.

⁹⁹² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 310.

⁹⁹³ Réponse des États-Unis à la question n° 74 du Groupe spécial, paragraphe 152; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 109.

dont ils n'ont pas tenu compte.⁹⁹⁴ Pour autant que l'Indonésie fasse valoir que la mesure risque de créer du chômage, un risque de chômage ne peut pas constituer un "besoin spécial" étant donné que tous les États sont préoccupés par le taux de chômage de leur population.⁹⁹⁵ En outre, l'Indonésie n'a fourni aucun élément de preuve fiable indiquant que l'article 907 a) 1) A) avait eu une quelconque incidence sur l'emploi en Indonésie, encore moins l'"incidence défavorable grave" à laquelle elle fait référence à plusieurs reprises.⁹⁹⁶ De l'avis des États-Unis, l'interprétation qu'elle donne de l'article 12.3 reviendrait à supprimer le terme "spéciaux" du texte.⁹⁹⁷

7.608 Quant au critère juridique en cause, les États-Unis estiment qu'il ne suffit pas que l'Indonésie dise simplement que "quelque chose" de plus que ce qu'ils ont fait est requis sans expliquer ce qu'est exactement ce "quelque chose" de plus.⁹⁹⁸

7.609 Enfin, le point de vue des États-Unis ne rend pas l'article 12.3 de l'*Accord OTC* superflu par rapport à l'article 2.9.4 de l'*Accord OTC* comme l'Indonésie l'allègue. L'article 2.9.4 pourrait, dans certains cas, fournir un mécanisme de dialogue sur les "besoins spéciaux" visés à l'article 12.3. L'obligation énoncée à l'article 2.9.4 n'est que l'une des obligations d'une série d'obligations figurant à l'article 2.9. Si les conditions énoncées dans le texte introductif de l'article 2.9 sont remplies, alors les mécanismes de transparence décrits à l'article 2.9 s'appliquent. L'article 12.3 n'est pas assorti de telles conditions et ne spécifie pas de mécanisme particulier pour faciliter les communications. À cet égard, l'article 12.3 constitue une obligation plus large que celle qui est prévue à l'article 2.9.4. Le fait que dans certaines circonstances, on pourrait satisfaire à l'article 12.3 en satisfaisant à l'article 2.9.4 ne signifie pas que l'article 12.3 est inutile.⁹⁹⁹

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.610 La question dont est saisi le Groupe spécial est celle de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'*Accord OTC* en ne tenant pas compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de l'Indonésie, pays en développement Membre.

b) Disposition juridique en cause

7.611 Nous notons que l'article 12 de l'*Accord OTC* est intitulé "Traitement spécial et différencié des pays en développement Membres". L'article 12.3 de l'*Accord OTC* dispose ce qui suit:

"Dans l'élaboration et l'application des règlements techniques, des normes et des procédures d'évaluation de la conformité, les Membres tiendront compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres, pour faire en sorte que ces règlements techniques, normes et procédures

⁹⁹⁴ Réponse des États-Unis aux questions n° 75 et 77 du Groupe spécial, paragraphes 155 et 157.

⁹⁹⁵ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 107.

⁹⁹⁶ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 108; observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 114 du Groupe spécial, paragraphe 78.

⁹⁹⁷ Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphe 73.

⁹⁹⁸ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 106; réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 118.

⁹⁹⁹ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 110; réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 117; observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphe 75.

d'évaluation de la conformité ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres."

7.612 Dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, le Groupe spécial a fait observer que "l'article 12.3 exige[ait] que dans l'élaboration et l'application des règlements techniques, des normes et des procédures d'évaluation de la conformité, les Membres tiennent compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres."¹⁰⁰⁰ Ce Groupe spécial a noté aussi que "l'article 12.3 [était] une application spécifique de l'obligation énoncée à l'article 12.2 de tenir compte des besoins des pays en développement dans la mise en œuvre de l'*Accord OTC* au niveau national".¹⁰⁰¹

7.613 Hormis ces éléments, il n'y a pas de jurisprudence importante relative à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* et aucun rapport antérieur de groupe spécial ou de l'Organe d'appel ne traite la question du critère juridique qu'il faudrait appliquer pour établir l'existence d'une violation de l'article 12.3.

c) Champ de l'obligation énoncée à l'article 12.3 de l'*Accord OTC*

7.614 Le Groupe spécial fait observer que certains éléments de la demande d'établissement d'un groupe spécial et des communications ultérieures de l'Indonésie donnent à penser que, selon elle, la question pertinente au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* est celle de savoir si une mesure contestée "a créé un obstacle non nécessaire aux exportations des pays en développement Membres".¹⁰⁰² Dans la mesure où l'Indonésie fait valoir que l'article 12.3 contient une interdiction de créer des obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement, le Groupe spécial ne peut pas partager ce point de vue. Nous interprétons l'article 12.3 comme établissant l'obligation de "tenir compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres. Nous interprétons la dernière partie de la phrase énoncée à l'article 12.3 comme indiquant *comment* et *pourquoi* le Membre qui élabore et applique le règlement technique devrait "tenir compte de" ces besoins spéciaux – à savoir, "pour" faire en sorte que ces règlements techniques ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres.

7.615 À notre avis, cette interprétation découle naturellement des termes mêmes de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*. Nous estimons difficile d'interpréter une disposition libellée comme l'article 12.3 – c'est-à-dire avec les termes "les Membres tiendront compte ..., pour ..." – comme signifiant que les mots après "pour ..." établissent une obligation additionnelle ou un élément d'une allégation distinct. Les versions française et espagnole de l'article 12.3 sont rédigées de la même façon que la version anglaise¹⁰⁰³, ce qui renforce le point de vue selon lequel la première partie de l'article 12.3 établit

¹⁰⁰⁰ Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.47, alinéa 75.

¹⁰⁰¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.47, alinéa 77.

¹⁰⁰² Nous notons que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Indonésie indique que la mesure en cause, c'est-à-dire l'article 907 a) 1) A), est incompatible avec "l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, parce que l'interdiction créait un obstacle non nécessaire aux exportations des pays en développement". WT/DS406/2, page 2. Tout au long de sa première communication écrite, l'Indonésie affirme que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 12.3 parce qu'il crée un obstacle non nécessaire à ses exportations. Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 12, Section V.I 8 (intitulée "La règle spéciale contrevient à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* parce que l'interdiction créait un obstacle non nécessaire aux exportations d'un pays en développement"), et paragraphe 147.

Ailleurs toutefois, l'Indonésie semble convenir que la question pertinente au titre de l'article 12.3 est celle de savoir si le Membre concerné a ou n'a pas "tenu compte de[s]" besoins des pays en développement Membres. Voir par exemple la réponse de l'Indonésie à la question n° 74 du Groupe spécial, paragraphe 147.

¹⁰⁰³ Les versions espagnole et anglaise de l'article 12.3 sont libellées comme suit:

l'obligation de "tenir compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres, tandis que la dernière partie de la phrase de l'article 12.3 indique simplement *comment* et *pourquoi* le Membre qui élabore et applique le règlement technique devrait "tenir compte" de ces besoins spéciaux.

7.616 Nous trouvons d'autres éléments à l'appui de notre interprétation de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* lorsque nous lisons cette disposition dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Cette dernière disposition, qui interdit clairement aux Membres d'adopter des règlements techniques qui créent des obstacles non nécessaires au commerce, est formulée et structurée différemment de l'obligation énoncée à l'article 12.3. De plus, on ne voit pas bien quels seraient l'objet et le but de la répétition à l'article 12.3 de l'obligation qui figure déjà à l'article 2.2. Toute mesure visée par l'obligation au titre de l'article 12.3 de faire en sorte que les règlements techniques "ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres" serait déjà visée et incluse dans l'obligation énoncée à l'article 2.2 de faire en sorte que les règlements techniques ne créent pas "des obstacles non nécessaires au commerce international" (tels qu'ils sont définis dans la deuxième phrase de cette disposition). Par conséquent, si l'on devait donner de l'article 12.3 une lecture qui inclut cette obligation, il apparaîtrait qu'elle est redondante et inutile eu égard à l'article 2.2.

7.617 Pour ces raisons, nous n'interprétons pas l'article 12.3 de l'*Accord OTC* comme établissant l'obligation de ne pas créer d'"obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres". Contrairement à ce que fait valoir l'Indonésie, cette disposition, à notre avis, ne "prescrit [pas] un résultat spécifique à obtenir".¹⁰⁰⁴ De fait, nous interprétons l'article 12.3 comme l'obligation de "tenir compte" des besoins spéciaux des pays en développement. Cela signifie que l'objet et le champ de l'examen au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* diffèrent considérablement de ceux de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, et constater qu'une mesure est compatible (ou incompatible) avec l'article 2.2 ne répond pas à la question de savoir si cette mesure est incompatible avec l'article 12.3. Par conséquent, dans les cas où un groupe spécial constate qu'un Membre a adopté un règlement technique qui *est* plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime au sens de l'article 2.2, cette constatation ne prouve pas que le Membre n'a *pas* tenu compte des besoins des pays en développement dans l'élaboration et l'application de cette mesure. À l'inverse, dans les cas où un groupe spécial constate qu'un Membre a adopté un règlement technique qui n'est *pas* plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, cela ne prouve pas que le Membre a tenu compte des besoins des pays en développement dans l'élaboration et l'application de cette mesure.

7.618 Bien entendu, même s'il supposait pour les besoins de l'argumentation que l'article 12.3 interdit l'adoption de règlements techniques qui créent des obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement, le Groupe spécial a déjà constaté que l'article 907 a) 1) A) n'était pas plus restrictif pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des

"Los Miembros, cuando preparen o apliquen reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad, tendrán en cuenta las necesidades especiales que en materia de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros, con el fin de asegurarse de que dichos reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la determinación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros."

"Members shall, in the preparation and application of technical regulations, standards and conformity assessment procedures, take account of the special development, financial and trade needs of developing country Members, with a view to ensuring that such technical regulations, standards and conformity assessment procedures do not create unnecessary obstacles to exports from developing country Members."

¹⁰⁰⁴ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 153.

risques que la non-réalisation entraînerait.¹⁰⁰⁵ Si l'article 12.3 appelait la même analyse que l'article 2.2, cette constatation s'appliquerait également dans le contexte de l'article 12.3.

7.619 Nous allons donc poursuivre notre analyse des éléments que l'Indonésie doit démontrer pour prouver que les États-Unis ont violé l'article 12.3 de l'*Accord OTC* en ne tenant pas compte des besoins spéciaux de l'Indonésie en tant que pays en développement.

d) Éléments de l'obligation énoncée à l'article 12.3 de l'*Accord OTC*

7.620 Nous croyons comprendre que le libellé de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* exige de démontrer trois éléments pour établir l'existence d'une violation de l'obligation énoncée dans cette disposition. En particulier, le Groupe spécial estime que l'Indonésie doit démontrer que:

- a) l'Indonésie est un "pays en développement";
- b) l'Indonésie a "des besoins spéciaux [en matière de] développement, de [] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par l'article 907 a) 1) A); et
- c) les États-Unis n'ont pas "tenu compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de l'Indonésie.

i) *Premier élément: question de savoir si l'Indonésie est un "pays en développement"*

7.621 Comme nous l'avons expliqué plus haut, le premier élément qui doit être démontré est que l'Indonésie est un "pays en développement".

7.622 Dans leur première communication écrite, les États-Unis affirment d'une manière générale que l'Indonésie ne s'est acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait pour aucun des éléments visés à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* mais qu'ils supposeront pour les besoins de l'argumentation qu'elle est un pays en développement afin de répondre à l'allégation au titre de l'article 12.3.¹⁰⁰⁶

7.623 L'Indonésie indique qu'elle est un pays en développement¹⁰⁰⁷ et fait valoir, entre autres choses, que la Banque mondiale la classe comme tel et que son statut de pays en développement Membre de l'OMC a été reconnu dans l'affaire *Indonésie – Automobiles*.¹⁰⁰⁸

7.624 Le Groupe spécial est d'avis que ce qui précède est plus que suffisant pour conclure que l'Indonésie est un "pays en développement". Nous constatons par conséquent qu'il est satisfait au premier élément d'une allégation au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.

ii) *Deuxième élément: question de savoir si l'Indonésie a des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de [] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par l'article 907 a) 1) A)*

7.625 La question suivante dont est saisi le Groupe spécial est celle de savoir si l'Indonésie a des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de [] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par l'article 907 a) 1) A).

¹⁰⁰⁵ Voir la Section VII.F.2 e) ci-dessus.

¹⁰⁰⁶ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 308.

¹⁰⁰⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 12, 147; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 20, 22, 178; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90, 154.

¹⁰⁰⁸ Deuxième communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 277 (citant la pièce IND-89).

7.626 Les États-Unis estiment que l'Indonésie n'a jamais identifié de besoins "qui sont spécifiques à un pays en développement (par opposition à un pays développé)".¹⁰⁰⁹ L'Indonésie répond qu'il n'y a rien dans le libellé de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* qui implique que les besoins des pays en développement doivent être spécifiques aux pays en développement; de fait, cette disposition identifie les "besoins du développement, des finances et du commerce" comme étant les besoins spéciaux des pays en développement dont il doit être tenu compte.¹⁰¹⁰ De l'avis des États-Unis, l'interprétation de l'article 12.3 donnée par l'Indonésie reviendrait à exclure le terme "spéciaux" du texte.¹⁰¹¹

7.627 Nous commençons par observer que le sens de l'expression "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce" n'est pas entièrement clair. En fait, il apparaît que l'expression est délibérément vague. Le Groupe spécial note que des expressions semblables figurent dans d'autres Accords et instruments de l'OMC. Par exemple, dans l'affaire *CE – Préférences tarifaires*, l'Organe d'appel a précisé le sens de l'expression "besoins du développement, des finances et du commerce" dans le contexte du paragraphe 3 c) de la Clause d'habilitation.¹⁰¹² Dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, le Groupe spécial devait examiner l'expression "besoins [du] développement" dans le contexte de l'article 27.4 de l'*Accord SMC*.¹⁰¹³ Ce groupe spécial a formulé l'observation intéressante suivante: "un examen de la question de savoir si des subventions à l'exportation correspondent aux besoins du développement d'un pays en développement Membre est une investigation de nature purement économique et politique, et qui se prête particulièrement mal à l'analyse d'un groupe spécial dont la fonction est fondamentalement juridique".¹⁰¹⁴

7.628 Quel que soit le sens exact de l'expression "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce", le Groupe spécial considère que l'Indonésie satisfait à la prescription imposant d'être un pays en développement ayant des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[s] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle. À cet égard, le Groupe spécial note que l'Indonésie a expliqué "l'importance des cigarettes aux clous de girofle pour son économie et sa population".¹⁰¹⁵ Plus spécifiquement, les cigarettes aux clous de girofle sont produites en Indonésie depuis plus d'un siècle; on estime qu'il n'y a pas moins de 6 millions d'Indonésiens qui sont employés directement ou indirectement pour la fabrication des cigarettes et la culture du tabac; l'industrie des cigarettes, y compris des cigarettes aux clous de girofle, représente environ 1,66 pour cent du produit intérieur brut total ("PIB") de l'Indonésie; et l'Indonésie exporte des cigarettes aux clous de girofle aux États-Unis depuis bien plus de 40 ans.¹⁰¹⁶ Il n'est pas contesté non plus qu'à la suite de l'interdiction, les importations aux États-Unis de cigarettes aux clous de girofle produites en Indonésie ont reculé, passant d'environ 15 millions de dollars en 2008 à zéro en 2010.¹⁰¹⁷

7.629 Nous estimons que les éléments qui précèdent sont suffisants pour conclure que l'Indonésie a des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par le règlement technique en cause. Nous constatons par conséquent qu'il est satisfait au deuxième élément d'une allégation au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.

¹⁰⁰⁹ Réponse des États-Unis aux questions n° 74 et 77 du Groupe spécial, paragraphes 154 et 157.

¹⁰¹⁰ Réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphes 66 et 67.

¹⁰¹¹ Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphe 73.

¹⁰¹² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Préférences tarifaires*, paragraphe 159.

¹⁰¹³ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.89.

¹⁰¹⁴ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.89.

¹⁰¹⁵ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 6.

¹⁰¹⁶ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 5.

¹⁰¹⁷ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 40.

iii) *Troisième élément: question de savoir si les États-Unis n'ont pas "tenu compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de l'Indonésie*

7.630 Cela conduit le Groupe spécial à examiner le troisième et dernier élément qu'il faut démontrer pour établir l'existence d'une violation de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, c'est-à-dire si les États-Unis n'ont pas "tenu compte" de ces besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce. Nous commencerons par formuler quelques observations générales concernant l'obligation, énoncée à l'article 12.3, de "tenir compte" des besoins spéciaux d'un pays en développement. Nous examinerons ensuite les éléments de preuve présentés au Groupe spécial afin de déterminer si les États-Unis n'ont pas tenu compte des besoins spéciaux de l'Indonésie en ce qui concerne l'article 907 a) 1) A).

7.631 Nous notons qu'il n'y a aucune jurisprudence qui examine la nature de l'obligation énoncée à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* de "tenir compte" des besoins spéciaux des pays en développement. Toutefois, le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* a examiné une allégation présentée par l'Argentine au titre de l'article 10:1 de l'*Accord SPS*, qu'il a décrite comme étant la "disposition équivalente" à l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.¹⁰¹⁸ L'article 10:1 est libellé comme suit:

"Dans l'élaboration et l'application des mesures sanitaires ou phytosanitaires, les Membres *tiendront compte* des besoins spéciaux des pays en développement Membres, et en particulier des pays les moins avancés Membres." (pas d'italique dans l'original)

7.632 Le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, qui a rejeté l'allégation de l'Argentine au titre de l'article 10:1 de l'*Accord SPS*, a fait observer, s'agissant du sens de l'expression "tenir compte de", ce qui suit:

"... Le dictionnaire définit l'expression "take account of" (tenir compte de) comme signifiant "consider along with other factors before reaching a decision" (prendre en considération en même temps que d'autres facteurs avant d'arriver à une décision).¹⁰¹⁹ Dans cette logique, l'article 10:1 ne prescrit pas un résultat spécifique à obtenir. Notamment, l'article 10:1 ne prévoit pas que le Membre importateur doit invariablement accorder un traitement spécial et différencié dans un cas où une mesure a entraîné, ou peut entraîner, une diminution, ou une augmentation plus lente, des exportations des pays en développement".¹⁰²⁰

7.633 Ce Groupe spécial a constaté aussi que le change incombait à la partie plaignante de prouver que le Membre adoptant le règlement technique n'avait pas "tenu compte" des besoins des pays en développement Membres.¹⁰²¹

¹⁰¹⁸ Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, note de bas de page 1330.

¹⁰¹⁹ (Note de bas de page de l'original) *The Concise Oxford Dictionary*, 10th edn., J. Pearsall (ed.) (Clarendon Press, 1999), page 8.

¹⁰²⁰ Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1620.

¹⁰²¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphes 7.1622 et 7.1625.

7.634 Nous souscrivons à l'interprétation donnée par ce groupe spécial de l'obligation de "tenir compte" des besoins des pays en développement Membres et nous pensons comme lui que c'est à la partie plaignante, en l'espèce l'Indonésie, qu'incombe la charge de la preuve.¹⁰²²

7.635 Les éléments de preuve présentés au Groupe spécial sur cette question sont constitués d'une série de lettres échangées entre des membres-clés du gouvernement indonésien et du gouvernement des États-Unis. Nous examinerons brièvement les pièces de dossier, dans l'ordre chronologique.

7.636 Une lettre datée du 28 août 2007 adressée par le Ministre du commerce indonésien au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales indique ce qui suit:

"Ce projet de loi renferme une disposition qui, si elle est promulguée telle qu'elle est rédigée actuellement, établira une discrimination injustifiable à l'encontre des exportations de cigarettes indonésiennes en faveur du produit concurrent, les cigarettes produites aux États-Unis. *Nous croyons comprendre que M. le Sénateur Kennedy, qui était favorable à ce qu'il soit répondu à nos préoccupations par une formulation législative appropriée, vous a écrit à ce sujet.*"¹⁰²³

7.637 Une lettre datée du 21 juillet 2008 adressée par le Secrétaire à la santé et aux services sociaux au Vice-Président de la Commission de l'énergie et du commerce explique ce qui suit:

"Il y a une autre question concernant le projet de loi sur laquelle je voudrais appeler votre attention. Nos partenaires commerciaux sont d'avis qu'en interdisant la vente des cigarettes aux clous de girofle sans interdire celle des cigarettes mentholées, le projet de loi soulève des questions au regard des obligations des États-Unis en matière de commerce international. Le gouvernement d'Indonésie s'est, à plusieurs reprises, élevé contre le projet de loi au motif que ce traitement inégal était injustifié et incompatible avec les règles commerciales de l'OMC. En conséquence, *je recommanderais que la Commission [de l'énergie et du commerce] examine plus avant le libellé pertinent de ce point de vue pour faire en sorte que le texte soit compatible avec les obligations des États-Unis en matière de commerce.*"¹⁰²⁴

7.638 La pièce suivante du dossier est une lettre datée du 25 juillet 2008 dans laquelle le Président de la Commission de l'énergie et du commerce écrit au Président de la Commission des voies et moyens:

"*Vous avez aussi exprimé des préoccupations au sujet de la disposition du projet de loi qui interdit l'utilisation des clous de girofle pour créer un arôme caractérisant dans les cigarettes. Je prends acte de vos préoccupations et crois comprendre que la*

¹⁰²² Le Groupe spécial prend note du point de vue de la Colombie selon lequel, bien que la charge incombe à l'Indonésie de prouver cet élément de son allégation, il est important de garder à l'esprit que les obligations des Membres au titre de l'article 12.3 de l'Accord OTC ne sont vérifiables qu'au moyen des renseignements à la disposition du Membre tenu de se conformer à cette disposition. Déclaration orale de la Colombie en tant que tierce partie, paragraphe 40.

¹⁰²³ Letter from H.E. Mari Pangestu, Trade Minister of Indonesia, to Ambassador Susan C. Schwab, United States Trade Representative, 28 août 2007 (pièce IND-15), page 7 sur 9 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰²⁴ Letter from Mike Leavitt, Secretary of Health and Human Services, to Joe Barton, Ranking Member of the House of Representatives Committee on Energy and Commerce, 21 juillet 2008 (pièce IND-16) page 2 sur 3 (pas d'italique dans l'original).

Commission des voies et moyens a compétence pour les interdictions à l'exportation en raison des effets sur le commerce et sur les recettes douanières."¹⁰²⁵

7.639 Le 30 juillet 2008, le Bureau exécutif du Président des États-Unis a publié une déclaration de politique concernant le H.R. 1108 (Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial). Cette déclaration indiquait que "le gouvernement [était] gravement préoccupée par le H.R. 1108"¹⁰²⁶ et disait ce qui suit:

"De plus, *nos partenaires commerciaux* peuvent faire valoir qu'en interdisant la vente des cigarettes aux clous de girofle sans interdire celle des cigarettes mentholées, le projet de loi soulève des questions au regard des obligations des États-Unis en matière de commerce international."¹⁰²⁷

7.640 Une lettre datée du 16 mars 2009 adressée par le Président de la Commission des voies et moyens au Président de la Commission de l'énergie et du commerce note ce qui suit:

*"La Commission a pris note du fait que le H.R. 1256 comportait une interdiction d'utiliser les clous de girofle pour créer un arôme caractérisant dans les cigarettes. La Commission des voies et moyens estime que cette disposition relève de sa compétence parce que la plupart des cigarettes aromatisées aux clous de girofle vendues actuellement aux États-Unis sont importées. Je crois comprendre que vous reconnaissez notre compétence en la matière, compte tenu de ses effets sur le commerce et sur les recettes douanières. La Commission des voies et moyens a accepté de renoncer à toute action concernant ce projet de loi et ne s'opposera pas à son examen, étant entendu que vous convenez, à mesure que le projet franchira les étapes du processus législatif, de continuer de débattre avec la Commission des voies et moyens des préoccupations que suscite la disposition concernant les clous de girofle."*¹⁰²⁸

7.641 Le même jour, le Président de la Commission de l'énergie et du commerce a répondu:

"Vous avez exprimé des préoccupations au sujet de la disposition du projet de loi qui interdit l'utilisation des clous de girofle pour créer un arôme caractérisant dans les cigarettes. Je prends note de vos préoccupations et crois comprendre que la Commission des voies et moyens a compétence en matière d'interdiction à l'importation en raison des effets sur le commerce d'importation et sur les recettes douanières. ... À mesure que le projet franchira les étapes du processus législatif, nous continuerons de débattre avec la Commission des voies et moyens des préoccupations que suscite la disposition concernant les clous de girofle."

¹⁰²⁵ Letter from John Dingell, Chairman of the House of Representatives Committee on Energy and Commerce, to Charles B. Rangel, Chairman of the House of Representatives Committee on Ways and Means, 25 juillet 2008 (pièce IND-18), page 2 sur 2 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰²⁶ Executive Office of the President, Office of Management and Budget, Statement of Administration Policy, H.R. 1108 – The Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, 30 juillet 2008 (pièce IND-17) page 1 sur 2.

¹⁰²⁷ Executive Office of the President, Office of Management and Budget, Statement of Administration Policy, H.R. 1108 – The Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, 30 juillet 2008 (pièce IND-17) page 2 sur 2 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰²⁸ Letter from Charles B. Rangel, Chairman of the House of Representatives Committee on Ways and Means, to Henry Waxman, Chairman of the House of Representatives Committee on Energy and Commerce, 16 mars 2009 (pièce US-67), pages 28 et 29 sur 52 (pas d'italique dans l'original).

Conformément à votre demande, j'inclurai une copie de notre échange de lettres sur ces questions dans le Bulletin du Congrès."¹⁰²⁹

7.642 Une lettre datée du 8 avril 2009 adressée par l'Ambassadeur d'Indonésie au chef de file de la majorité au Sénat des États-Unis notait une fois de plus:

"... que la version du projet de loi présentée par le Président Kennedy en 2007 contenait un libellé approprié qui traitait de manière égale les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées – conformément aux obligations de longue date des États-Unis en matière de commerce. Nous vous demandons instamment de prendre contact avec le bureau du Sénateur Kennedy afin de l'encourager à réintroduire ce libellé dans le projet de loi présenté au Sénat."¹⁰³⁰

7.643 Les éléments de preuve présentés au Groupe spécial sont sans nul doute fragmentés et incomplets. Toutefois, plusieurs conclusions se dégagent inévitablement de ce dossier, tel qu'il est.

7.644 En premier lieu, l'Indonésie a pu communiquer ses préoccupations à des membres-clés du gouvernement des États-Unis à de nombreuses reprises, sur une période de plusieurs années. Ces communications consistaient en nombreuses communications écrites ainsi qu'en réunions de haut niveau avec des responsables des États-Unis.

7.645 Les éléments de preuve montrent que les préoccupations de l'Indonésie ont été évoquées par la suite à maintes reprises par des responsables-clés au sein du gouvernement des États-Unis. En fait, les échanges entre des responsables-clés des États-Unis présentés par les parties montrent que les États-Unis ont activement tenu compte des préoccupations de l'Indonésie. Autrement dit, les éléments de preuve démontrent que les États-Unis ont "tenu compte" des préoccupations de l'Indonésie.

7.646 De plus, "tenir compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce d'un pays en développement ne signifie pas nécessairement que le Membre qui élabore ou applique un règlement technique doit approuver ou accepter à la position du pays en développement et le résultat souhaité par celui-ci ou les accepter. À notre avis, le fait que les États-Unis ont décidé finalement de ne pas exclure les cigarettes aux clous de girofle du champ de l'interdiction énoncée à l'article 907 a) 1) A) ne veut pas dire que les États-Unis n'ont pas tenu compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de l'Indonésie.

7.647 Enfin, dans ses communications, l'Indonésie indiquait clairement que le résultat qu'elle souhaitait était que les États-Unis excluent les cigarettes aux clous de girofle du champ de l'article 907 a) 1) A). Or, nous avons constaté que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apportait une contribution importante à l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes aux États-Unis. Considérant que la mesure est une interdiction, pour des raisons de santé publique, des cigarettes ayant un arôme caractérisant, le Groupe spécial ne voit pas comment il pourrait être possible, en vertu des règles de l'OMC, d'exclure du champ de l'interdiction les cigarettes ayant des arômes caractérisants en provenance des pays en développement. En effet, une prescription imposant d'exclure du champ d'une interdiction un produit qui est délétère pour la santé humaine uniquement au motif que le produit est produit et exporté par un pays en développement limiterait la capacité des Membres d'édicter des règlements à des fins de santé publique.

¹⁰²⁹ Letter from Henry Waxman, Chairman of the House of Representatives Committee on Energy and Commerce, to Charles B. Rangel, Chairman of the House of Representatives Committee on Ways and Means, 16 mars 2009 (pièce US-67), page 30 sur 52 (pas d'italique dans l'original).

¹⁰³⁰ Letter from H.E. Sudjandnan Parnohadiningrat, Ambassador of Indonesia to the United States, to Harry Reid, United States Senate Majority Leader, 8 avril 2009 (pièce IND-15), page 5 sur 9.

7.648 Eu égard à ce qui précède, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis n'avaient pas "tenu compte" des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce.

e) Conclusion

7.649 Le Groupe spécial constate par conséquent qu'en ne démontrant pas que les États-Unis n'avaient pas tenu compte des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce dans l'élaboration et l'application de l'article 907 a) 1) A), l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.

VIII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1 Comme il est exposé plus en détail plus haut, le Groupe spécial *constate*:

- a) que l'article 907 a) 1) A) est un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*;
- b) que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC* parce qu'il accorde aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux cigarettes mentholées similaires d'origine nationale;
- c) qu'en ne démontrant pas que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par l'article 907 a) 1) A) était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.2 de l'*Accord OTC*;
- d) qu'en ne demandant pas aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) "au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*" par le biais de ses questions reproduites dans le document G/TBT/W/323, l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'*Accord OTC*;
- e) qu'en ne démontrant pas qu'il serait "approprié" de formuler le règlement technique figurant à l'article 907 a) 1) A) en fonction des "propriétés d'emploi", l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*;
- f) qu'en ne notifiant pas aux Membres de l'OMC, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seraient visés par l'article 907 a) 1) A) projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être, assez tôt, c'est-à-dire lorsqu'il était encore possible d'apporter des modifications et de prendre en compte les observations, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*;
- g) qu'en ne démontrant pas qu'elle avait demandé aux États-Unis de fournir des détails sur l'article 907 a) 1) A) ou le texte de cet article lorsqu'il était encore à l'état de projet, l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*;

- h) qu'en ne ménageant pas un délai pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*;
- i) qu'en ne démontrant pas que les États-Unis n'avaient pas tenu compte des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce dans l'élaboration et l'application de l'article 907 a) 1) A), l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'*Accord OTC*;

8.2 En l'absence de tout élément de preuve ou argument concernant l'existence de problèmes urgents de santé qui se posaient ou menaçaient de se poser aux États-Unis au moment de l'adoption de l'article 907 a) 1) A), le Groupe spécial *s'abstient de se prononcer* sur l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.10 de l'*Accord OTC*.

8.3 Ayant constaté que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, le Groupe spécial *s'abstient aussi de se prononcer* sur l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

8.4 S'étant abstenu de se prononcer sur l'allégation subsidiaire de l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial *s'abstient également de se prononcer* sur le point de savoir si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.

8.5 En vertu de l'article 3:8 du Mémoire d'accord, dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre des avantages résultant de cet accord. En conséquence, nous concluons que les États-Unis ont annulé ou compromis des avantages résultant pour l'Indonésie de l'*Accord OTC*, dans la mesure où ils ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.1, l'article 2.9.2 et l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

8.6 Conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord, ayant constaté que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.1, de l'article 2.9.2 et de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, nous recommandons que l'Organe de règlement des différends demande aux États-Unis de rendre l'article 907 a) 1) A) conforme à leurs obligations au titre de l'*Accord OTC*.
