

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS406/AB/R
4 avril 2012

(12-1741)

Original: anglais

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

AB-2012-1

Rapport de l'Organe d'appel

I.	Introduction.....	1
II.	Arguments des participants et des participants tiers	5
A.	<i>Allégations d'erreur formulées par les États-Unis – Appelant</i>	5
1.	Article 2.1 de l'Accord OTC – "Produits similaires"	5
a)	Utilisations finales	5
b)	Goûts et habitudes des consommateurs	7
2.	Article 2.1 de l'Accord OTC – "Traitement non moins favorable"	10
3.	Article 2.12 de l'Accord OTC – "Délai raisonnable"	15
B.	<i>Arguments de l'Indonésie – Intimé</i>	18
1.	Article 2.1 de l'Accord OTC – "Produits similaires"	18
a)	Utilisations finales	18
b)	Goûts et habitudes des consommateurs	20
2.	Article 2.1 de l'Accord OTC – "Traitement non moins favorable"	23
3.	Article 2.12 de l'Accord OTC – "Délai raisonnable"	28
C.	<i>Arguments des participants tiers</i>	30
1.	Brésil.....	30
2.	Colombie.....	32
3.	Union européenne	33
4.	Mexique	35
5.	Norvège.....	37
6.	Turquie.....	38
III.	Questions soulevées dans le présent appel.....	39
IV.	Contexte	40
V.	Article 2.1 de l'Accord OTC.....	44
A.	<i>Introduction</i>	44
B.	<i>Constataction du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des "produits similaires" au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC</i>	49
1.	"Produits similaires" au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC	50
2.	Utilisations finales	56
3.	Goûts et habitudes des consommateurs	60
4.	Conclusion concernant les "produits similaires"	69
C.	<i>Constataction du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA soumet les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux cigarettes mentholées d'origine nationale au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC</i>	71
1.	Introduction.....	71
2.	"Traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.....	73
3.	Gamme des produits visés par la comparaison concernant le "traitement non moins favorable"	79
4.	Champ temporel de la comparaison relative au "traitement non moins favorable"	85
a)	Application de l'article 2.1 de l'Accord OTC	85
b)	Article 11 du Mémoire d'accord	87

5.	Effet préjudiciable sur les produits importés	89
a)	Application de l'article 2.1	91
b)	Article 11 du Mémoire d'accord	95
6.	Conclusion sur le "traitement non moins favorable"	97
D.	<i>Conclusions au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC</i>	97
VI.	Article 2.12 de l'Accord OTC	98
A.	<i>Introduction</i>	98
B.	<i>Valeur interprétative du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha</i>	99
C.	<i>Constatation du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'Accord OTC</i>	110
VII.	Constatations et conclusions	118
Annexe I	Notification d'un appel présentée par les États-Unis, WT/DS406/6	

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 <i>Ajustements fiscaux à la frontière</i> , L/3464, IBDD, S18/105, adopté le 2 décembre 1970
<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>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>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 – Régies provinciales des alcools (États-Unis)</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT <i>Canada – Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation</i> , DS17/R, adopté le 18 février 1992, IBDD, S39/28
<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 – 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>	Rapports du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> , WT/DS27/R/ECU (Équateur) / WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND (Guatemala et Honduras) / WT/DS27/R/MEX (Mexique) / WT/DS27/R/USA (États-Unis), adoptés le 25 septembre 1997, modifiés 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 Mémorandum 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 Mémorandum d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/AB/RW/USA et Corr.1, adopté le 22 décembre 2008
<i>CE – Éléments de fixation (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine</i> , WT/DS397/AB/R, adopté le 28 juillet 2011
<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 – Linge de lit (article 21:5 – Inde)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde – Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS141/AB/RW, adopté le 24 avril 2003
<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

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<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>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>Chili – Système de fourchettes de prix</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles</i> , WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
<i>Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles – Recours de l'Argentine à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS207/AB/RW, adopté le 22 mai 2007
<i>Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf</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>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
<i>États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures antidumping finales visant l'acier inoxydable en provenance du Mexique</i> , WT/DS344/AB/R, adopté le 20 mai 2008
<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 – Cigarettes aux clous de girofle</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle</i> , WT/DS406/R, distribué aux Membres de l'OMC le 2 septembre 2011
<i>États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS267/AB/RW, adopté le 20 juin 2008
<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
<i>États-Unis – Gluten de froment</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS166/AB/R, adopté le 19 janvier 2001
<i>États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier</i> , WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, adopté le 10 décembre 2003

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Thon II (Mexique)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon</i> , WT/DS381/R, distribué aux Membres de l'OMC le 15 septembre 2011
<i>États-Unis – Thon II (Mexique)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon</i> , WT/DS381/R, distribué aux Membres de l'OMC le 15 septembre 2011 [appel en cours]
<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 – 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 – 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 – 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>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>Philippines – Spiritueux distillés</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Philippines – Taxes sur les spiritueux distillés</i> , WT/DS396/AB/R-WT/DS403/AB/R, adoptés le 20 janvier 2012
<i>Philippines – Spiritueux distillés</i>	Rapports du Groupe spécial <i>Philippines – Taxes sur les spiritueux distillés</i> , WT/DS396/R-WT/DS403/R, adoptés le 20 janvier 2012, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS396/AB/R-WT/DS403/AB/R
<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
<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

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Abréviation	Désignation
<i>Accord OTC</i>	<i>Accord sur les obstacles techniques au commerce</i>
<i>Accord SPS</i>	<i>Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires</i>
<i>Accord sur l'OMC</i>	<i>Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce</i>
Article 907 a) 1) A)	Article 907 a) 1) A) de la <i>Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques</i> (modifiée par la <i>Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial</i>)
CDI	Commission du droit international
<i>Convention de Vienne</i>	<i>Convention de Vienne sur le droit des traités</i>
COP	Conférence des Parties de l'OMS
CTP	Center for Tobacco Products (Centre des produits du tabac)
Décision ministérielle de Doha	Décision ministérielle de Doha sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre, Décision du 14 novembre 2011, WT/MIN(01)/17
Directive de la FDA	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)
<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>
Étude de l'OMS	Groupe d'étude de l'OMS sur la réglementation des produits du tabac " <i>The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation</i> " (Fondement scientifique de la réglementation des produits du tabac)
FCTC	Convention-cadre pour la lutte antitabac
FDA	Food and Drug Administration (Agence des médicaments et des produits alimentaires)
FFDCA	Federal Food, Drug and Cosmetic Act (Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques)
FSPTCA	Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act (Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial)
GATT de 1994	<i>Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994</i>
Mémoire d'accord	<i>Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends</i>
MSA	Accord-cadre sur le règlement de 2000
NSDUH	National Survey on Drug Use and Health (Enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé)
NYTS	National Youth Tobacco Survey (Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes)
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
ORD	Organe de règlement des différends

Abréviation	Désignation
<i>Procédures de travail</i>	<i>Procédures de travail pour l'examen en appel</i> , WT/AB/WP/6, 16 août 2010
Rapport de la Chambre	Rapport de la Commission de l'énergie et du commerce de la Chambre des représentants, H.R. No. 111-58, Pt. 1 (2009)
Rapport du Groupe spécial	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle</i> , WT/DS406/R
SH	Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises
TPSAC	Tobacco Products Scientific Advisory Committee (Comité consultatif scientifique des produits du tabac)

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

**États-Unis – Mesures affectant la production
et la vente des cigarettes aux clous de girofle**

États-Unis, *Appelant*
Indonésie, *Intimé*

Brésil, *participant tiers*
Colombie, *participant tiers*
République dominicaine, *participant tiers*
Union européenne, *participant tiers*
Guatemala, *participant tiers*
Mexique, *participant tiers*
Norvège, *participant tiers*
Turquie, *participant tiers*

AB-2012-1

Présents:

Oshima, Président de la section
Ramírez-Hernández, membre
Van den Bossche, membre

I. Introduction

1. Les États-Unis font appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente des cigarettes aux clous de girofle*¹ (le "rapport du Groupe spécial"). Le Groupe spécial a été établi le 20 juillet 2010 pour examiner une plainte de l'Indonésie au sujet d'une mesure adoptée par les États-Unis qui prohibe les cigarettes ayant des arômes caractérisants, autres que le tabac ou le menthol.

2. Devant le Groupe spécial, l'Indonésie a allégué que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec les obligations de fond et les obligations procédurales qui découlent pour eux de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (l'"*Accord OTC*") et l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994"). En particulier, l'Indonésie a allégué que l'article 907 a) 1) A) de la Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques (la "FFDCA")² – modifiée par la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial³ (la "FSPTCA" – (l'"article 907 a) 1) A)") était 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*. À titre subsidiaire, l'Indonésie a allégué que

¹ WT/DS406/R, 2 septembre 2011.

² Codifié dans *Code des États-Unis*, titre 21, chapitre 9, article 387g a) 1) A).

³ United States Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, Public Law No. 111-31, 123 Stat. 1776 (22 juin 2009) (pièce US-7 présentée au Groupe spécial).

l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994⁴, et ne pouvait pas être justifié au titre de l'article XX b) dudit accord.⁵

3. Le rapport du Groupe spécial a été distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 2 septembre 2011. Le Groupe spécial a constaté que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC* parce qu'il soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé accordait aux cigarettes mentholées similaires d'origine nationale.⁶ Ayant constaté que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, le Groupe spécial s'est abstenu de se prononcer sur l'allégation subsidiaire de l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et sur le moyen de défense connexe des États-Unis au titre de l'article XX b) du GATT de 1994.⁷

4. Le Groupe spécial a par ailleurs constaté que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* 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.⁸ Le Groupe spécial a aussi constaté que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC* 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).⁹

5. Inversement, le Groupe spécial a rejeté les allégations de l'Indonésie au titre des articles 2.2, 2.5, 2.8, 2.9.3, 2.10 et 12.3 de l'*Accord OTC*. Plus spécifiquement, le Groupe spécial a constaté que l'Indonésie n'avait pas démontré que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.2 de l'*Accord OTC* dans la mesure où leur interdiction des cigarettes aux clous de girofle 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.¹⁰ Le Groupe spécial a aussi conclu que l'Indonésie n'avait pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, parce qu'elle ne leur avait pas demandé de justifier l'article 907 a) 1) A) "au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*".¹¹ De même, le

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.299 (faisant référence à la première communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, paragraphes 114 à 127).

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.293 et 8.1 b).

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.294, 7.310, 8.3 et 8.4.

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.550 et 8.1 f).

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.595 et 8.1 h).

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.432 et 8.1 c).

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.461, 7.463 et 8.1 d).

Groupe spécial a constaté que l'Indonésie n'avait 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" plutôt que de la conception ou des caractéristiques descriptives, au sens de l'article 2.8 de l'*Accord OTC*.¹²

6. Le Groupe spécial a par ailleurs constaté que l'Indonésie n'avait pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*, parce qu'elle ne leur avait pas demandé 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.¹³ Le Groupe spécial a aussi constaté que, en l'absence d'éléments de preuve ou arguments indiquant que "des 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), l'article 2.10 de l'*Accord OTC* ne s'appliquerait pas au présent différend.¹⁴ Enfin, le Groupe spécial a constaté que l'Indonésie n'avait pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'*Accord OTC* en ne tenant pas 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).¹⁵

7. En conséquence, le Groupe spécial a recommandé que l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") demande aux États-Unis de rendre l'article 907 a) 1) A) conforme à leurs obligations au titre de l'article 2.1, 2.9.2, et 2.12 de l'*Accord OTC*.¹⁶

8. Le 5 janvier 2012, les États-Unis ont notifié à l'ORD leur intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément aux articles 16:4 et 17 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémoire d'accord"), et ont déposé une déclaration d'appel¹⁷ et une communication d'appelant conformément aux règles 20 et 21, respectivement, des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "Procédures de travail").¹⁸ Le 23 janvier 2012, l'Indonésie a déposé une communication d'intimé.¹⁹ Le 26 janvier 2012, le Brésil, la Colombie, le Mexique, la Norvège, la Turquie et l'Union européenne ont chacun déposé une

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.497, 7.498 et 8.1 e).

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.549, 7.551 et 8.1 g).

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.507.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.649 et 8.1 i).

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.6.

¹⁷ WT/DS406/6 (joint en tant qu'annexe I au présent rapport).

¹⁸ WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

¹⁹ Conformément à la règle 22 des *Procédures de travail*.

communication en tant que participant tiers.²⁰ À la même date, le Guatemala et la République dominicaine ont notifié leur intention de comparaître à l'audience en tant que participants tiers.²¹

9. En appel, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'ils avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. En particulier, ils allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les cigarettes aux clous de girofle importées et les cigarettes mentholées nationales étaient des produits similaires au sens de l'article 2.1. Les États-Unis contestent aussi la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) soumet les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires nationaux. Les États-Unis allèguent par ailleurs que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en établissant ces constatations. Ils allèguent aussi que le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'ils avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC* 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 font appel à titre conditionnel de l'utilisation par le Groupe spécial de la jurisprudence élaborée dans le cadre de l'article XX b) du GATT de 1994 dans son évaluation des allégations de l'Indonésie au titre de l'article 2.2, si l'Indonésie devait faire appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle ils n'ont pas agi d'une manière incompatible avec l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. L'Indonésie n'a fait appel d'aucune autre question au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Par conséquent, la condition sur laquelle les États-Unis font reposer leur appel des constatations du Groupe spécial au titre de l'article 2.2 n'est pas remplie.

10. L'Organe d'appel a reçu deux mémoires d'*amici curiae* en rapport avec le présent appel: le 24 janvier 2012, des organismes suivants: Campaign for Tobacco-Free Kids, American Academy of Pediatrics, American Cancer Society, American Cancer Society Cancer Action Network, American Lung Association, American Medical Association et American Public Health Association, et le 26 janvier 2012, du O'Neill Institute for National and Global Health Law du Georgetown University Law Center. La section de l'Organe d'appel connaissant de l'appel a ménagé aux participants et aux participants tiers la possibilité d'exprimer leurs vues au sujet des mémoires d'*amici curiae* susmentionnés. La section n'a pas jugé nécessaire d'utiliser ces mémoires d'*amici curiae* pour rendre sa décision.

11. Le 25 janvier 2012, le Président de la section a reçu une lettre du Directeur général de l'Organisation mondiale de la santé (l'"OMS") exprimant son intérêt et offrant une assistance

²⁰ Conformément à la règle 24 1) des *Procédures de travail*.

²¹ Conformément à la règle 24 2) des *Procédures de travail*.

technique dans le cadre du présent appel dans les domaines couverts par les mandats de l'OMS. La section a remercié le Directeur général de l'OMS pour sa lettre et a indiqué qu'elle réfléchirait au besoin d'une telle assistance. La section a demandé aux participants et aux participants tiers de formuler des observations au sujet de la lettre de l'OMS. Parmi les participants, les États-Unis ont présenté des observations, et parmi les participants tiers, l'Union européenne a présenté des observations. Étant donné que les parties avaient versé au dossier du Groupe spécial une abondante documentation au sujet des instruments juridiques de l'OMS et de ses travaux dans le domaine de la lutte antitabac, et conscient de son mandat en appel énoncé à l'article 17:6 du Mémoire d'accord, la section n'a pas jugé nécessaire de solliciter l'assistance de l'OMS.

12. L'audience dans le cadre de la présente procédure d'appel s'est tenue les 9 et 10 février 2012. Les participants et six des participants tiers (Brésil, Colombie, Guatemala, Mexique, Norvège et Turquie) ont fait des déclarations liminaires orales. Les participants et les participants tiers ont ensuite répondu aux questions posées par les membres de la section connaissant de l'appel.

II. Arguments des participants et des participants tiers

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

1. Article 2.1 de l'Accord OTC – "Produits similaires"

13. Les États-Unis allèguent en appel que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application spécifique de l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC et demandent que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial à cet égard. En particulier, tout en souscrivant à l'approche globale adoptée par le Groupe spécial dans son analyse concernant les produits similaires – c'est-à-dire une analyse qui détermine la similarité en se fondant sur les critères traditionnels de la "similarité" et à la lumière de la disposition juridique en cause et du caractère sanitaire de la mesure contestée²² – les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a effectué une analyse "incomplète et viciée" en ce qui concerne deux des critères traditionnels de la "similarité", à savoir les utilisations finales et les goûts et habitudes des consommateurs.²³

a) Utilisations finales

14. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en n'effectuant pas une analyse complète des différentes utilisations finales des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes

²² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 37 et 41.

²³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 42.

mentholées et en concluant que l'utilisation finale des deux produits était d'"être fumées".²⁴ Selon les États-Unis, le Groupe spécial a rejeté indûment les différentes utilisations finales possibles présentées par les États-Unis – c'est-à-dire, satisfaire une dépendance à la nicotine et procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée²⁵ – et a fondé à tort sa conclusion finale sur une "analyse trop étroite".²⁶

15. Les États-Unis indiquent que lorsqu'il effectue une analyse des utilisations finales, un groupe spécial doit examiner les différentes utilisations des produits en question et non pas simplement l'utilisation qui est un "dénominateur commun" entre les produits. À cet égard, ils s'appuient sur ce qu'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, à savoir qu'"un groupe spécial doit aussi examiner les autres utilisations finales *différentes* des produits" et "[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".²⁷ Selon les États-Unis, il n'est pas contesté que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont utilisées pour fumer, mais le Groupe spécial a limité indûment son analyse au seul examen de cette utilisation commune aux produits en ne tenant pas compte d'autres utilisations finales pertinentes. Les États-Unis affirment que les cigarettes mentholées sont consommées pour "satisfaire la dépendance à la nicotine de millions de fumeurs aux États-Unis", tandis que les cigarettes aux clous de girofle sont principalement consommées "à titre d'expérience et dans des contextes sociaux particuliers" et ne sont généralement pas fumées pour satisfaire une dépendance à la nicotine sur le marché des États-Unis.²⁸

16. Les États-Unis contestent en outre la position du Groupe spécial qui n'a pas admis que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées aient des utilisations finales différentes en avançant que ces utilisations finales sont liées aux raisons pour lesquelles une personne pourrait fumer une cigarette, et ils soutiennent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les utilisations finales et les goûts et habitudes des consommateurs sont "des concepts qui s'excluent mutuellement".²⁹ Faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, ils notent que, bien que les goûts et habitudes des consommateurs constituent un critère de "similarité" distinct des utilisations finales, les préférences des consommateurs sont néanmoins pertinentes pour ce qui est de la façon dont les

²⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 43 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.199).

²⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 44.

²⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 45.

²⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 45 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 119 (italique dans l'original)).

²⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 46.

²⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 48.

produits peuvent être utilisés.³⁰ Toutefois, ils soutiennent que le Groupe spécial a examiné de façon incorrecte les utilisations finales "sans tenir compte du contexte pertinent des réalités quotidiennes"³¹, de la façon dont les produits en cause sont utilisés sur le marché pertinent. Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont des utilisations finales différentes et "multiformes" – à savoir "la consommation habituelle et la satisfaction d'une dépendance, par opposition à une consommation occasionnelle, à titre d'expérience"³² – qui ne peuvent pas, à leur avis, se réduire au simple fait incontesté que les deux types de cigarettes sont consommées pour fumer. Ils ajoutent que cela est particulièrement vrai lorsque le contexte de la santé publique a trait aux différentes manières dont les cigarettes sont consommées sur le marché pertinent. Selon les États-Unis, le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas la situation dans son ensemble et en ne tenant pas compte des éléments de preuve relatifs à ces différences d'utilisation.³³

b) Goûts et habitudes des consommateurs

17. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial n'a pas effectué une analyse complète des goûts et habitudes des consommateurs pour ce qui est des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées. À leur avis, le Groupe spécial a d'abord commis une erreur de droit en excluant les goûts et habitudes des consommateurs actuels de son analyse. Ils soutiennent en outre que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en refusant d'examiner les éléments de preuve concernant la manière dont les consommateurs sur le marché pertinent consomment les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées.³⁴

18. Tout d'abord, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a fait erreur en déterminant qu'il n'avait pas besoin d'examiner les goûts et habitudes des consommateurs adultes actuels dans le cadre de son analyse. À leur avis, en ne tenant pas compte de la façon dont les consommateurs actuels perçoivent et utilisent les produits en cause, le Groupe spécial a limité à tort le champ des goûts et habitudes des consommateurs à un aspect de la justification de l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA relative à la santé publique – la consommation par les jeunes – et n'a pas appréhendé l'autre aspect – la consommation par les fumeurs adultes –, vidant ainsi de leur sens les goûts et habitudes des consommateurs comme critère significatif.³⁵ Conformément aux principes énoncés par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial était tenu d'examiner les éléments de preuve

³⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 47 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102).

³¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 48.

³² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 49.

³³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 49.

³⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 50.

³⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 58.

concernant chacun des critères énoncés dans le rapport du Groupe de travail du GATT dans l'affaire *Ajustements fiscaux à la frontière* et de soupeser "tous les éléments de preuve pertinents".³⁶ Par conséquent, les États-Unis allèguent qu'il a commis une erreur fondamentale en excluant *a priori* un élément essentiel de l'analyse des goûts et habitudes des consommateurs.³⁷

19. En outre, les États-Unis affirment qu'étant donné la nature particulière du présent différend, les goûts et habitudes des consommateurs adultes actuels sont extrêmement pertinents. Premièrement, l'article 907 a) 1) A) établit des distinctions réglementaires entre les cigarettes sur la base non seulement de l'attrait qu'elles exercent sur les fumeurs potentiels, mais aussi sur la base de leur consommation par les fumeurs adultes actuels. Interdire les cigarettes qui sont consommées régulièrement par les adultes entraîne un risque de "pressions sur le système de soins de santé et de renforcement du marché illicite".³⁸ Deuxièmement, les cigarettes aux clous de girofle et les autres cigarettes aromatisées interdites sont consommées en très petit nombre et presque exclusivement par les jeunes, ce qui fait d'elles des cigarettes "d'apprentissage" ou "de débutant", alors que les cigarettes mentholées sont consommées par 20 à 26 pour cent des fumeurs adultes aux États-Unis.³⁹ C'est pourquoi, font valoir les États-Unis, les produits en cause posent des problèmes différents en matière de santé publique: les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque unique pour les jeunes fumeurs non initiés, alors que les cigarettes mentholées ont aussi un impact considérable sur les adultes.⁴⁰ Enfin, le parfum particulier importe, en ce sens que les fumeurs adultes consomment rarement des cigarettes parfumées aux clous de girofle et ne perçoivent pas ces cigarettes comme étant similaires aux cigarettes mentholées.⁴¹

20. Les États-Unis allèguent en outre que l'exclusion des goûts et habitudes des consommateurs actuels ne peut pas être justifiée par la constatation formulée par le Groupe spécial au sujet de l'objectif légitime déclaré de l'article 907 a) 1) A) consistant à empêcher les nouveaux jeunes fumeurs de développer une dépendance à la cigarette.⁴² S'ils pensent comme le Groupe spécial que les caractéristiques des produits en cause doivent être examinées à la lumière du fondement de la mesure

³⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 56 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 109 (qui fait référence au rapport du Groupe de travail du GATT, *Ajustements fiscaux à la frontière*) et 113 (en italique dans l'original)).

³⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 53.

³⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 54.

³⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 58 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.24, 2.25 et 7.391).

⁴⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 55.

⁴¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 58.

⁴² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 59 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.116, 7.119, 7.201 et 7.206).

en cause relatif à la santé publique⁴³, ils soutiennent qu'il n'y a pas de fondement textuel dans l'article 2.1 de l'*Accord OTC* qui permette de limiter l'examen des distinctions établies en matière de santé publique à l'objectif immédiat de la mesure.⁴⁴ De fait, les règlements techniques reflètent inévitablement la mise en balance d'autres considérations pertinentes pour le bien-être public – en l'espèce, les préoccupations additionnelles en matière de santé liées à la forte consommation de cigarettes, telles qu'une possible recrudescence du nombre de cigarettes en circulation sur le marché noir non réglementé ou des pressions sur le système de soins de santé publique.⁴⁵ Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fondé son exclusion des consommateurs adultes actuels sur une vue étroite de l'objectif de la mesure, qui ciblait effectivement un groupe de produits du tabac "attirant *uniquement* les jeunes" sans interdire l'accès des adultes à ces cigarettes, "très fortement consommées sur le marché des États-Unis".⁴⁶ Même à supposer que le Groupe spécial ait eu raison de limiter son évaluation des distinctions entre les produits sur la base de l'objectif premier légitime de l'article 907 a) 1) A) – c'est-à-dire la "réduction du tabagisme chez les jeunes" – les États-Unis soutiennent qu'en raison précisément des distinctions établies par la mesure entre le comportement tabagique des jeunes et celui des adultes, le Groupe spécial demeurerait tenu de prendre en compte les modes comparatifs de consommation sur le marché pertinent.⁴⁷

21. Deuxièmement, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en ne tenant pas compte d'éléments de preuve très importants concernant la façon dont les consommateurs utilisent et perçoivent les produits⁴⁸ et est arrivé de ce fait à une conclusion entachée d'un "vice réhibitoire" en ce qui concerne les goûts et habitudes des consommateurs.⁴⁹ À leur avis, le Groupe spécial a indûment ignoré des éléments de preuve très importants tirés d'enquêtes communiqués par les deux parties au motif qu'ils n'étaient pas clairs et que les renseignements qu'ils présentaient n'étaient pas "directement comparables", sans examiner dûment ces éléments de preuve selon leur force probante.⁵⁰ Selon les États-Unis, les données tirées des enquêtes étaient particulièrement pertinentes parce qu'elles fournissaient des éléments de preuve indiquant comment les consommateurs et les consommateurs potentiels

⁴³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 59 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.245 à 7.249).

⁴⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 60 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.116).

⁴⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 61.

⁴⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 61. (italique dans l'original)

⁴⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 63.

⁴⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 64.

⁴⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 68.

⁵⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 67 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.210). Les États-Unis soulignent aussi que, dans la section de son rapport consacrée à son analyse au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, le Groupe spécial s'est effectivement appuyé sur les renseignements fournis dans les enquêtes relatives à la part de marché. (*Ibid.*)

"consommaient et percevaient différentes cigarettes *aux États-Unis*".⁵¹ De plus, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fondé entièrement ses conclusions sur des suppositions et des conjectures, sans qu'il y ait aucun élément de preuve à l'appui dans le dossier, et a conclu pour finir qu'on pourrait faire valoir qu'il était probable que pour les consommateurs potentiels, "n'importe quelle cigarette conviendrait pour commencer à fumer".⁵² Ils estiment cependant que les rapports utilisés comme éléments de preuve par le Groupe spécial "ne montrent pas tous les aspects de la question" parce qu'ils mettent l'accent sur les cigarettes ayant des arômes caractérisants mais sans présenter une vue d'ensemble de la façon dont les cigarettes sont effectivement consommées et perçues aux États-Unis, le marché pertinent en l'espèce.⁵³ Selon les États-Unis, la façon dont le Groupe spécial a traité les éléments de preuve ne constitue pas une évaluation objective des faits et est donc incompatible avec le devoir incombant au Groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.⁵⁴

2. Article 2.1 de l'Accord OTC – "Traitement non moins favorable"

22. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits nationaux similaires et ils demandent à l'Organe d'appel d'infirmier cette constatation. Ils demandent aussi à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il a constaté: i) qu'il n'y avait pas de cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants autres que le menthol au moment de l'interdiction; et ii) que l'article 907 a) 1) A) n'imposait pas de coûts à une quelconque entité des États-Unis.

23. Premièrement, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a limité à tort le champ des produits à comparer aux fins de son analyse relative au traitement moins favorable à un produit importé interdit – les cigarettes indonésiennes aux clous de girofle – et à un produit national similaire non interdit – les cigarettes mentholées –, arrivant de ce fait à la "conclusion viciée" selon laquelle les cigarettes indonésiennes aux clous de girofle sont traitées moins favorablement que les produits nationaux similaires.⁵⁵ Faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, ils indiquent

⁵¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 67. (italique dans l'original)

⁵² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 68 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.214).

⁵³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 69 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 110; et à la réponse de l'Indonésie à la question n° 44 du Groupe spécial, paragraphe 97).

⁵⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 69 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 133).

⁵⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 74.

que "ce qu'il est pertinent d'analyser, c'est la façon dont la mesure traite les produits importés similaires, en tant que groupe, et les produits nationaux similaires, en tant que groupe".⁵⁶ En conséquence, le Groupe spécial était tenu d'examiner "le traitement de toutes les cigarettes nationales et cigarettes importées ayant des arômes caractérisants".⁵⁷ Toutefois, de l'avis des États-Unis, il a indûment exclu, s'agissant des produits nationaux similaires, le traitement accordé par la mesure aux cigarettes nationales ayant d'autres arômes caractérisants et, s'agissant des produits importés similaires, le traitement accordé aux cigarettes mentholées en provenance d'autres pays.⁵⁸ Selon eux, une analyse correcte relative au traitement moins favorable prenant en considération toutes les cigarettes remplissant les critères de "produits similaires" démontre que l'article 907 a) 1) A) interdit seulement les produits représentant "un très petit segment du marché aux États-Unis" et "ne modifie pas les conditions de concurrence" entre les produits importés similaires, en tant que groupe, et les produits nationaux similaires, en tant que groupe.⁵⁹

24. Selon les États-Unis, la référence au traitement accordé aux produits importés à partir du territoire de "*tout autre Membre*" figurant à l'article 2.1 n'oblige pas à conclure que seul le traitement accordé aux produits du Membre plaignant est pertinent.⁶⁰ De l'avis des États-Unis, le but principal d'une analyse *de facto* relative au traitement moins favorable est d'évaluer si l'article 907 a) 1) A) établit légitimement des distinctions parmi les produits similaires ou s'il crée "un indicateur indirect permettant de cibler les produits similaires du Membre plaignant pour les soumettre à un traitement moins favorable".⁶¹ Pour procéder à une telle évaluation, l'analyse devrait prendre en considération tout l'éventail des produits similaires visés par la mesure. Il n'est pas répondu à la question du traitement moins favorable par le seul fait que les cigarettes aux clous de girofle étaient interdites alors qu'un seul produit national similaire (les cigarettes mentholées) ne l'était pas. En l'espèce, les États-Unis soutiennent que l'interdiction a affecté certains produits importés et produits nationaux, mais "n'a pas affecté d'autres produits similaires nationaux et importés".⁶²

⁵⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 75 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100). Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.295.

⁵⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 77. (souligné dans l'original) Quoiqu'ils contestent la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires, les États-Unis soulignent que "d'autres cigarettes ayant des arômes caractérisants ... rempliraient les critères du Groupe spécial et entreraient donc dans la catégorie des cigarettes qu'il considère comme des produits similaires". (*Ibid.*, paragraphe 78 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.247))

⁵⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 79.

⁵⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 80 et 81. (souligné dans l'original)

⁶⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 84 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.275).

⁶¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 84.

⁶² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 85. (souligné dans l'original)

25. De plus, dans la mesure où le Groupe spécial a estimé qu'il était limité par son mandat à l'examen des produits mentionnés dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie⁶³, les États-Unis allèguent qu'il a fait erreur en concluant que l'Indonésie, en tant que partie plaignante, "déterminait le champ des produits à comparer"⁶⁴ – c'est-à-dire "les cigarettes aux clous de girofle importées par opposition aux cigarettes mentholées nationales".⁶⁵ S'il définit quelles mesures et allégations un groupe spécial peut prendre en considération, le mandat ne définit pas le champ des produits pertinents à analyser pour examiner une allégation de discrimination et il ne limite pas non plus les moyens de défense qu'une partie défenderesse peut invoquer.⁶⁶ Les États-Unis notent que la question de savoir quels produits devraient être comparés dans l'analyse relative au traitement moins favorable constituait un point de débat entre les parties au présent différend et ils soulignent que le plaignant ne peut pas limiter *a priori* le champ de la comparaison par la sélection des produits qu'il fait dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial.

26. Deuxièmement, les États-Unis contestent les propos du Groupe spécial selon lesquels, "au moment de l'interdiction, il n'y avait pas d'autres cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants que les cigarettes mentholées".⁶⁷ Ils estiment que ces propos dénotent une "application erronée du critère juridique" prévu à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.⁶⁸ Le Groupe spécial "[a] indûment restreint l'analyse juridique" lorsqu'il a limité la comparaison aux seuls produits qui étaient sur le marché au moment où l'interdiction a pris effet, sans tenir compte des années précédentes ou suivantes. L'article 2.1 de l'*Accord OTC* ne comporte aucune "limitation temporelle rigide" concernant les éléments de preuve qu'un groupe spécial peut prendre en considération pour effectuer une analyse relative au traitement moins favorable.⁶⁹ Par conséquent, le Groupe spécial aurait dû tenir compte du fait qu'il y avait des cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants autres que le menthol dans les années précédant la date effective de l'interdiction.⁷⁰ En outre, le Groupe spécial a rejeté à tort le fait que l'article 907 a) 1) A) avait été promulgué spécifiquement "pour répondre à une tendance

⁶³ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, WT/DS406/2.

⁶⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 87.

⁶⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 86 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.147 (italique dans l'original)).

⁶⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 87.

⁶⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 90 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289).

⁶⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 91.

⁶⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 91.

⁷⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 92 (faisant référence à la première communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, note de bas de page 29 relative au paragraphe 22; à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 51; à ACNielsen 2008 Data on Flavored Cigarettes in the United States (pièce US-52 présentée au Groupe spécial); à Examples of Cigarettes Certified for Sale in the United States as of 2009 (pièce US-62 présentée au Groupe spécial); à New York List of Fire-Safe Certified Cigarettes as of 20 January 2009 (pièce US-63 présentée au Groupe spécial); et à Maine List of Fire-Safe Certified Cigarettes as of 29 July 2009 (pièce US-64 présentée au Groupe spécial)).

émergente des produits" ... que les producteurs [des États-Unis] "exploraient activement".⁷¹ À cet égard, les États-Unis soulignent que l'article 907 a) 1) A) était axé "avant tout sur la production des États-Unis" et qu'il n'est pas inhabituel que des producteurs cessent d'investir dans des produits "avant même que l'interdiction ne prenne effet". Cela ne devrait pas être interprété, toutefois, comme un élément de preuve indiquant que la production des États-Unis "n'était pas affectée".⁷²

27. Troisièmement, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des faits, ce qui est contraire à l'article 11 du Mémoire d'accord, en ne tenant pas compte des éléments de preuve non réfutés montrant que des cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que le menthol étaient commercialisées aux États-Unis au moment de l'interdiction. Les faits présentés dans le dossier n'étaient pas la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'y avait pas de cigarettes aromatisées produites dans le pays – autres que les cigarettes mentholées – au moment de l'interdiction. En particulier, les États-Unis rappellent que le Groupe spécial avait déjà constaté que: i) il y avait au moins une marque de cigarettes aux clous de girofle produite dans le pays sur le marché avant l'interdiction⁷³; ii) la liste des cigarettes dont la vente était autorisée en 2008 et 2009 dans plusieurs États des États-Unis incluait au moins 20 marques de cigarettes aromatisées nationales différentes autres que les cigarettes mentholées; et iii) en 2008, juste un an avant que l'interdiction ne prenne effet, quatre sociétés des États-Unis au moins produisaient des cigarettes aromatisées.⁷⁴

28. Quatrièmement, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en concluant que tout préjudice, s'agissant des conditions de concurrence, pour les cigarettes aux clous de girofle sur le marché des États-Unis ne pouvait pas s'expliquer par des facteurs sans rapport avec l'origine étrangère des produits. Même à supposer pour les besoins de l'argumentation que le Groupe spécial ait dûment identifié les produits importés et nationaux similaires à comparer, son analyse du point de savoir si le traitement moins favorable auquel étaient soumises les cigarettes aux clous de girofle était lié à l'origine des produits importés était erronée.⁷⁵

29. Selon les États-Unis, en vertu de l'article 2.1 de l'Accord OTC, un règlement technique peut imposer des coûts ou des charges liés aux produits importés par comparaison avec les produits nationaux similaires sans nécessairement les soumettre à un traitement moins favorable dans les cas

⁷¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 93. (italique dans l'original)

⁷² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 94.

⁷³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 97 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.27).

⁷⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 97 et 98 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.27, 2.28 et la note de bas de page 524 relative au paragraphe 7.289, qui cite les pièces US-52 et US-62 présentées au Groupe spécial (*supra*, note de bas de page 71)).

⁷⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 99.

où ces charges s'expliquent par un facteur ou des circonstances autres que l'origine des produits.⁷⁶ À cet égard, ils soulignent qu'il y a un certain nombre de rapports antérieurs de l'OMC dans lesquels un effet préjudiciable pour un produit importé n'était pas lié à son origine mais, en fait, à d'autres facteurs – tels que la part de marché particulière ou le profil particulier des importations du produit, une différence dans la sécurité réelle ou perçue des produits en cause ou les choix des producteurs eux-mêmes, en tant qu'acteurs privés.⁷⁷ Selon les États-Unis, le Groupe spécial n'a examiné aucun élément de preuve ou argument concernant d'autres facteurs pertinents (non liés à l'origine) qui auraient pu expliquer le préjudice pour la situation concurrentielle des cigarettes aux clous de girofle importées.⁷⁸

30. De l'avis des États-Unis, en constatant que la raison de l'exclusion des cigarettes mentholées de l'interdiction au titre de l'article 907 a) 1) A) était liée "aux coûts que les États-Unis pourraient avoir à supporter s'ils devaient interdire les cigarettes mentholées"⁷⁹, le Groupe spécial n'a pas examiné si le préjudice pour la situation concurrentielle des cigarettes aux clous de girofle était lié à leur origine.⁸⁰ Outre le fait qu'"on ne voit pas très bien" ce que le Groupe spécial entendait par "coûts", les États-Unis estiment que le texte de l'article 2.1 exige des groupes spéciaux qu'ils centrent leur examen sur le traitement comparatif des produits. Par conséquent, l'article 2.1 ne contient "pas de base" permettant une comparaison des coûts imposés aux producteurs étrangers avec les coûts évités par "toute entité aux États-Unis".⁸¹ Les États-Unis affirment qu'en tout état de cause, la constatation formulée par le Groupe spécial ne montre pas que tel ou tel effet préjudiciable, s'agissant des conditions de concurrence, pour les cigarettes aux clous de girofle par rapport aux cigarettes mentholées était lié à l'origine nationale des produits importés. En fait, les coûts qui seraient supportés par les États-Unis s'ils devaient interdire les cigarettes mentholées – c'est-à-dire "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"⁸² – resteraient inchangés, indépendamment de l'endroit où les

⁷⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 101 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.269; au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96; et à la deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 137 à 144).

⁷⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 102 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96; au rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.2514; au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 7.331, 7.332 et 7.340; et à la deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 138 et 140).

⁷⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 103 et 104.

⁷⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 105 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289).

⁸⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 105.

⁸¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 106.

⁸² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 107 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289).

cigarettes mentholées seraient produites, et même si toutes les cigarettes mentholées étaient importées.⁸³

31. De plus, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en constatant, sans une base d'éléments de preuve appropriée⁸⁴, que l'article 907 a) 1) A) n'imposait "*aucun coût à quelque entité des États-Unis que ce soit*".⁸⁵ Ils rappellent que l'article 11 exige d'un groupe spécial qu'il s'abstienne de formuler des "constatations positives qui ne soient pas fondées sur les éléments de preuve contenus dans [son] dossier".⁸⁶ En l'espèce, ils allèguent qu'il n'y avait pas de fondement permettant au Groupe spécial de conclure que la mesure évitait des coûts à toute entité des États-Unis, comme le soulignait le fait qu'il "citait à peine le dossier".⁸⁷ Selon les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas tenu compte du fait que l'Agence des médicaments et des produits alimentaires (la "FDA") était chargée de faire respecter la mesure et supportait de ce fait des "coûts" en tant qu'entité des États-Unis.⁸⁸ En outre, il n'a pas tenu compte du fait que la mesure avait sur la production des États-Unis un effet "préventif et fermait un marché potentiel que les producteurs des États-Unis exploraient activement", et il n'a pas non plus pris en considération le fait qu'en réduisant le tabagisme chez les jeunes, l'article 907 a) 1) A) réduisait la demande pour toutes les cigarettes et donc "réduisait le marché des cigarettes destinées aux adultes aux États-Unis".⁸⁹

3. Article 2.12 de l'Accord OTC – "Délai raisonnable"

32. Les États-Unis allèguent que l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 2.12 de l'Accord OTC contient trois erreurs qui ont conduit celui-ci à constater, à tort, que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12. Premièrement, ils allèguent que le Groupe spécial a attribué une "valeur interprétative" incorrecte à la Décision ministérielle de Doha concernant les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre⁹⁰ (la "Décision ministérielle de Doha") pour interpréter le sens de l'article 2.12. Deuxièmement, ils font valoir que le Groupe spécial a constaté à tort que l'Indonésie avait montré *prima facie* qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12. Enfin, ils font valoir qu'indépendamment de la question de savoir si le Groupe spécial a eu raison de constater

⁸³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 107.

⁸⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 113.

⁸⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 109. (italique dans l'original)

⁸⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 110 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 181).

⁸⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 110.

⁸⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 110.

⁸⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 111.

⁹⁰ Décision du 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/17.

que l'Indonésie avait montré *prima facie* qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12, il a déterminé à tort que les États-Unis n'avaient pas réfuté les arguments de l'Indonésie.⁹¹

33. Les États-Unis allèguent tout d'abord que le Groupe spécial a attribué une "valeur interprétative" incorrecte au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha en traitant ce paragraphe comme s'il s'agissait d'une interprétation faisant autorité adoptée par la Conférence ministérielle en vertu de l'article IX:2 de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* (l'*"Accord sur l'OMC"*), bien qu'il n'ait pas constaté que tel était le statut juridique dudit paragraphe. Ils font valoir en outre que la valeur juridique du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha est, au plus, celle d'un "moyen complémentaire d'interprétation" au sens de l'article 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁹² (la "*Convention de Vienne*").⁹³ Par conséquent, si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha peut être utilisé pour confirmer le sens de l'expression "délai raisonnable" employée à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, il ne peut pas être appliqué comme une "règle" utilisable comme fondement exclusif pour conclure que l'expression "délai raisonnable" s'entend d'un délai qui n'est "pas inférieur à six mois".⁹⁴

34. Selon les États-Unis, la Décision ministérielle de Doha "a précédé de plusieurs mois"⁹⁵ une décision du Comité OTC qui prenait note du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha et, par conséquent, la Conférence ministérielle ne pouvait pas avoir agi sur une recommandation du Conseil du commerce des marchandises, comme l'exige l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* pour l'adoption des interprétations multilatérales des accords figurant à l'Annexe 1 de l'*Accord sur l'OMC*.

35. Ensuite, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a constaté à tort que l'Indonésie avait montré *prima facie* qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12, alors qu'il n'avait pas établi que le délai était déraisonnable eu égard à l'incidence sur la capacité des Membres exportateurs de s'adapter aux prescriptions de l'article 907 a) 1) A).⁹⁶ Ils estiment que l'Indonésie n'a jamais fourni *aucun* élément de preuve ou argument juridique qui démontre que le délai de trois mois ménagé par les États-Unis était préjudiciable à la capacité de tout producteur étranger, y compris les producteurs indonésiens, de s'adapter aux prescriptions de l'article 907 a) 1) A).⁹⁷

⁹¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 123.

⁹² Faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331; 8 International Legal Materials 679.

⁹³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 126.

⁹⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 126 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.559). (note de pas de page omise)

⁹⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 125.

⁹⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 131.

⁹⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 132.

36. Les États-Unis font valoir en outre que "[m]ême à supposer pour les besoins de l'argumentation que le Groupe spécial ait eu raison de décider que les éléments établis *prima facie* pouvaient être exclusivement tirés du paragraphe 5.2", il a fait erreur en constatant que l'Indonésie avait réussi à établir des éléments *prima facie* au regard de ce paragraphe⁹⁸, parce que celle-ci aurait dû établir "avec des éléments de preuve et des arguments" que l'article 907 a) 1) A) décrit une situation "normale" et ne constitue pas l'un des cas ne présentant aucun caractère d'urgence où il serait raisonnable de ménager un délai plus court.⁹⁹ Ils estiment que l'Indonésie aurait dû aussi établir que "ménager un délai d'au moins six mois ne rendrait pas inefficace la réalisation de l'objectif recherché par l'article 907 a) 1) A)".¹⁰⁰

37. Selon les États-Unis, le Groupe spécial a entièrement fondé sa constatation selon laquelle l'Indonésie avait établi des éléments *prima facie* sur une "unique" déclaration de celle-ci selon laquelle "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 la signature pour atteindre les objectifs de la Loi".¹⁰¹ Selon les États-Unis, "l'affirmation de l'Indonésie ne démontre pas ce que l'Indonésie devait prouver, d'après le Groupe spécial – à savoir qu'un délai de six mois serait efficace pour réaliser l'objectif légitime de l'article 907 a) 1) A)".¹⁰²

38. Troisièmement, les États-Unis allèguent que, même si l'Indonésie avait effectivement établi des éléments *prima facie*, le Groupe spécial a indûment constaté qu'ils n'avaient pas réfuté ces éléments *prima facie*. Selon eux, "quel que soit le poids"¹⁰³ attribué à la Décision ministérielle de Doha, l'Indonésie était tenue d'établir des éléments *prima facie* au regard de l'article 2.12 de l'Accord OTC. De l'avis des États-Unis, les éléments de preuve et arguments présentés au Groupe spécial sur le point de savoir si le délai choisi ménageait aux producteurs indonésiens le temps d'adapter leurs produits aux prescriptions de l'article 907 a) 1) A) montraient que "la différence entre le délai de trois mois et le délai de six mois n'avait eu *aucune incidence* sur les producteurs indonésiens".¹⁰⁴ Selon les États-Unis, le fait que "les producteurs indonésiens, même 16 mois après la promulgation de la FSPTCA, n'avaient pas adapté leurs gammes de produits pour produire des

⁹⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 135.

⁹⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 135 et 138.

¹⁰⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 136.

¹⁰¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 147 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.587, qui cite la première communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, paragraphe 145).

¹⁰² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 149. (note de bas de page omise)

¹⁰³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 132.

¹⁰⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 152. (italique dans l'original)

cigarettes aromatisées au tabac ou au menthol"¹⁰⁵ est un élément de preuve suffisant pour réfuter les éléments *prima facie* dont le Groupe spécial a constaté qu'ils avaient été établis par l'Indonésie. Par conséquent, le Groupe spécial a commis une erreur de droit en constatant que "les États-Unis n'ont pas réfuté" les éléments *prima facie* de l'Indonésie.¹⁰⁶

B. *Arguments de l'Indonésie – Intimé*

1. Article 2.1 de l'Accord OTC – "Produits similaires"

39. L'Indonésie demande à l'Organe d'appel de rejeter l'appel des États-Unis visant la constatation du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Selon elle, l'objection des États-Unis ne porte pas sur les constatations juridiques du Groupe spécial, mais sur le poids qu'il convient de donner à certains éléments de preuve et constatations de fait. Selon l'Indonésie, dans nombre de leurs allégations, les États-Unis tentent simplement de faire passer pour une erreur de droit leur désaccord au sujet des constatations de fait du Groupe spécial.¹⁰⁷ L'Indonésie rappelle aussi que les États-Unis n'ont pas fait appel de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées présentaient des caractéristiques physiques similaires.¹⁰⁸

a) Utilisations finales

40. L'Indonésie conteste l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a "exagérément simplifié" son analyse en constatant que l'utilisation finale du produit en question était "d'être fumé".¹⁰⁹ À son avis, l'allégation des États-Unis selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont des utilisations finales différentes du fait que les cigarettes aux clous de girofle ne sont fumées qu'occasionnellement alors que les cigarettes mentholées sont consommées régulièrement par des fumeurs dépendants est infondée et devrait être rejetée par l'Organe d'appel. Tout d'abord, l'Indonésie rappelle que dans l'affaire *Philippines – Spiritueux distillés*, les États-Unis ont noté à juste titre que "rien n'étay[ait] l'affirmation selon laquelle un produit

¹⁰⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 152 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.583).

¹⁰⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 153 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.594).

¹⁰⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 65.

¹⁰⁸ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 66.

¹⁰⁹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 67.

consommé lors d'occasions spéciales ne peut pas être en concurrence avec un produit acheté couramment".¹¹⁰

41. Premièrement, l'Indonésie soutient que le Groupe spécial a examiné les utilisations finales conformément à des indications antérieures de l'Organe d'appel. En particulier, selon les indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a noté que la définition des "utilisations finales" était "la mesure dans laquelle deux produits peuvent remplir [une] fonction[] identique[]".¹¹¹ Selon l'Indonésie, dans ses constatations ayant trait aux utilisations finales, le Groupe spécial a également dûment accordé une attention particulière au fait que l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA est une mesure de santé publique visant à lutter contre le tabagisme chez les jeunes. Par ailleurs, à son avis, même à supposer pour les besoins de l'argumentation que les utilisations finales avancées par les États-Unis soient des utilisations pertinentes, les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve montrant que tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées ne *pouvaient* pas avoir les utilisations finales consistant à satisfaire une dépendance à la nicotine et à procurer une expérience agréable.¹¹² En outre, l'Indonésie soutient que le Groupe spécial n'a pas rejeté d'emblée la possibilité que les produits aient plus d'une utilisation finale, mais a simplement conclu que les produits en cause en l'espèce n'avaient pas les utilisations finales spécifiques suggérées par les États-Unis.¹¹³

42. Deuxièmement, l'Indonésie estime que le Groupe spécial n'a pas fait abstraction des autres utilisations finales des produits en cause proposées par les États-Unis, mais a plutôt examiné en long et en large les éléments de preuve relatifs aux utilisations finales, y compris les utilisations finales additionnelles avancées par les États-Unis. Selon l'Indonésie, le Groupe spécial a examiné la question de savoir si une "utilisation régulière" est différente d'une "utilisation occasionnelle" et a soigneusement exposé dans son rapport l'argument des États-Unis selon lequel l'apport de nicotine à des fumeurs dépendants doit être considéré comme une utilisation finale distincte. Toutefois, le Groupe spécial a finalement constaté que l'argument des États-Unis se rapportant aux utilisations finales était "circulaire".¹¹⁴ De fait, fait valoir l'Indonésie, le Groupe spécial n'était tout simplement pas convaincu par le fond de l'argument des États-Unis¹¹⁵ et a conclu – à partir d'éléments de preuve

¹¹⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 68 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 71).

¹¹¹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 71 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.191, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117). (italique dans l'original)

¹¹² Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 73.

¹¹³ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 74 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.198).

¹¹⁴ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 75.

¹¹⁵ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 77.

qui montraient que tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées pouvaient fournir un apport en nicotine¹¹⁶ – que l'utilisation finale des deux types de cigarettes était "d'être fumées".¹¹⁷ Bien que les États-Unis aient affirmé qu'il y avait un marché des cigarettes dont l'utilisation était "occasionnelle", ils ont fourni peu d'éléments de preuve pour étayer cette allégation.¹¹⁸ En conséquence, l'Indonésie estime que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreurs de droit ou manqué à l'obligation de procéder à une évaluation objective des éléments de preuve et demande à l'Organe d'appel de confirmer la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont la même utilisation finale, à savoir "être fumées".¹¹⁹

b) Goûts et habitudes des consommateurs

43. Premièrement, l'Indonésie estime que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur de droit dans son analyse des goûts et habitudes des consommateurs, mais qu'il a procédé à une analyse complète, a agi d'une manière compatible avec les indications de l'Organe d'appel et a conclu, après avoir soupesé tous les éléments de preuve versés au dossier, que les goûts et habitudes des consommateurs étaient semblables en ce qui concerne les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées. De l'avis de l'Indonésie, les États-Unis contestent simplement la conclusion du Groupe spécial.¹²⁰ Selon elle, lorsqu'ils ont présenté leurs allégations d'erreur, les États-Unis ont délibérément ignoré le point de vue de l'Organe d'appel selon lequel il n'était pas nécessaire de démontrer qu'il y avait une substitution *effective* de la part des consommateurs lorsqu'on évaluait "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".¹²¹ L'Indonésie soutient que les États-Unis n'ont pas présenté d'élément de preuve montrant que les consommateurs, qu'il s'agisse d'adultes ou de jeunes, ne seraient pas prêts à substituer les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées les unes aux autres pour l'utilisation finale, à savoir fumer. L'Indonésie fait valoir que les États-Unis ont tort de présumer que les goûts et habitudes des consommateurs doivent être identiques pour être similaires, compte tenu du fait que l'Organe d'appel a constaté que les produits qui étaient presque parfaitement substituables pouvaient être des produits similaires.

¹¹⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 78 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.196).

¹¹⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 76 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.199).

¹¹⁸ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 78 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 41 du Groupe spécial, paragraphes 104 à 106).

¹¹⁹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 79.

¹²⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 80.

¹²¹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 81 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101). (italique ajouté par l'Indonésie omis)

L'Indonésie estime en outre qu'il existe dans le dossier des éléments de preuve suffisants pour étayer le fait que les jeunes fumeurs et les jeunes qui ne fument pas encore considèrent les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées "comme *au moins* presque substituables".¹²²

44. L'Indonésie ne souscrit pas à l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en n'incluant pas les fumeurs adultes dépendants dans la comparaison des goûts et habitudes des consommateurs. À son avis, la première obligation du Groupe spécial était de déterminer l'objectif de la mesure, puis de déterminer quels consommateurs comparer "à la lumière du contexte, ainsi que de l'objet et du but, de la disposition en question" et de la mesure.¹²³ L'Indonésie rappelle que les États-Unis ont initialement approuvé l'attention portée par le Groupe spécial aux aspects de l'article 907 a) 1) A) relatifs à la santé publique et n'ont remis en question qu'ultérieurement le lien établi par le Groupe spécial "entre l'examen de la similarité au titre de l'article 2.1 et l'objectif de la mesure".¹²⁴ Selon l'Indonésie, le Groupe spécial n'a pas manqué à l'obligation d'examiner l'article 907 a) 1) A) dans son intégralité. Par contre, compte tenu de l'objectif de la mesure qui est de réduire le tabagisme chez les jeunes, le Groupe spécial a conclu que "la perception des consommateurs, ou plutôt des consommateurs potentiels, ne [pouvait] être évaluée que par rapport à l'objectif de protection de la santé du règlement technique en cause".¹²⁵

45. L'Indonésie soutient en outre que, contrairement à ce que les États-Unis allèguent, le Groupe spécial n'a pas exclu les consommateurs actuels de son analyse, puisqu'il a bel et bien inclus les jeunes fumeurs actuels. Selon elle, ce que le Groupe spécial a fait, c'est ne pas inclure les goûts et habitudes des adultes dans son analyse¹²⁶, mais exposer très soigneusement le fondement de sa décision de se concentrer sur les jeunes fumeurs actuels et les jeunes qui ne fument pas encore.¹²⁷ L'Indonésie note que le Groupe spécial a établi que l'article 907 a) 1) A) avait pour objet de réduire le tabagisme chez les jeunes, alors qu'il a rejeté l'idée qu'un deuxième objectif de la mesure était d'éviter les conséquences ou les coûts négatifs potentiels liés à l'interdiction de produits à l'égard desquels des dizaines de millions d'adultes étaient chimiquement et psychologiquement dépendants.¹²⁸ En

¹²² Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 82 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 149). (italique dans l'original)

¹²³ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 83 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 88 et 89). (italique ajouté par l'Indonésie omis)

¹²⁴ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 84 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 60).

¹²⁵ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 86 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119).

¹²⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 87 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 54).

¹²⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 88 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119).

¹²⁸ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 90 et 91.

conséquence, le Groupe spécial a évalué les goûts et habitudes de consommation des jeunes, selon les indications données par l'Organe d'appel pour l'examen de 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".¹²⁹

46. Deuxièmement, l'Indonésie estime qu'en examinant les éléments de preuve relatifs aux goûts et habitudes des consommateurs, le Groupe spécial n'a pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire en tant que juge des faits et a procédé à une évaluation objective des faits conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord. L'Indonésie note, tout d'abord, que les États-Unis citent le rapport du Groupe spécial d'une manière inexacte lorsqu'ils allèguent que le Groupe spécial s'est uniquement intéressé aux jeunes fumeurs potentiels.¹³⁰ Au contraire, affirme l'Indonésie, le Groupe spécial a spécifiquement identifié les consommateurs en cause en l'espèce comme étant "*les jeunes fumeurs et les jeunes fumeurs potentiels*".¹³¹ Abordant les allégations spécifiques des États-Unis, l'Indonésie fait valoir que le Groupe spécial n'a pas, de propos délibéré, ignoré ou dénaturé les éléments de preuve. En revanche, à son avis, le Groupe spécial a soigneusement examiné les éléments de preuve tirés d'enquêtes et a consacré deux paragraphes et cinq notes de bas de page dans son rapport à l'explication des raisons pour lesquelles les données tirées d'enquêtes ne donnaient pas d'indications claires sur la comparaison des goûts et habitudes des consommateurs, étant donné que les paramètres de recherche variaient d'une enquête à l'autre.¹³² L'Indonésie soutient que l'approche du Groupe spécial concernant les éléments de preuve tirés d'enquêtes ne consiste absolument pas à les exclure *a priori* mais, plutôt, que le Groupe spécial, agissant dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, n'a tout simplement pas accordé aux éléments de preuve ayant trait aux fumeurs adultes dépendants la même importance que celle que les États-Unis leur ont accordée.¹³³

47. L'Indonésie estime en outre que le Groupe spécial n'a pas formulé de constatations de fait positives qui n'étaient pas fondées sur des éléments de preuve. À son avis, même s'il n'a pas utilisé certains éléments de preuve avancés par les États-Unis, le Groupe spécial a identifié et utilisé d'autres éléments de preuve versés au dossier qui prouvaient que tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées étaient des cigarettes "d'apprentissage" ou des cigarettes "pour débutants" qui

¹²⁹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 92 (citant le rapport de l'Organe d'appel Japon – Boissons alcooliques II, pages 23 et 24).

¹³⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 100 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 64).

¹³¹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 100 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.232). (italique ajouté par l'Indonésie)

¹³² Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 104 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.209 et 7.210 et notes de bas de page 426 à 430 y relatives).

¹³³ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 106.

présentaient un attrait pour les jeunes.¹³⁴ Selon l'Indonésie, le Groupe spécial a méthodiquement décrit un certain nombre de sources d'éléments de preuve (FDA, American Lung Association (Association américaine de pneumologie), OMS, Enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé et Tobacco Products Scientific Advisory Council (Conseil consultatif scientifique des produits du tabac)) indiquant que les cigarettes aromatisées présentent un attrait pour les jeunes et les fumeurs débutants car leurs arômes caractérisants masquent l'âpreté du tabac. C'est sur la base de ces éléments de preuve que le Groupe spécial a conclu que toutes les cigarettes aromatisées en question étaient perçues comme un moyen de commencer à fumer.¹³⁵

48. Enfin, l'Indonésie ajoute que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur fondamentale en s'abstenant d'accorder aux taux de dépendance dans la consommation des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées par les jeunes et les adultes le même poids que celui que les États-Unis cherchaient à leur donner. Se référant aux rapports de l'Organe d'appel dans les affaires *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, *Australie – Saumons* et *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, l'Indonésie souligne qu'il est ménagé aux groupes spéciaux une "grande latitude"¹³⁶ lorsqu'il s'agit de déterminer quels éléments de preuve examiner pour évaluer la validité des allégations et que la décision d'un groupe spécial de ne pas s'appuyer sur certains des faits présentés par l'une des parties ne constituerait pas en elle-même une erreur juridique.¹³⁷ En conclusion, l'Indonésie demande à l'Organe d'appel de rejeter les allégations des États-Unis concernant les constatations du Groupe spécial relatives aux goûts et habitudes des consommateurs et de confirmer la détermination du Groupe spécial selon laquelle 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*.¹³⁸

2. Article 2.1 de l'Accord OTC – "Traitement non moins favorable"

49. L'Indonésie allègue que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que, au titre de l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA, les cigarettes aux clous de girofle importées étaient soumises à un traitement moins favorable que les cigarettes mentholées nationales aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. En particulier, l'Indonésie soutient que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur en identifiant les produits à comparer aux fins de son analyse relative au traitement moins favorable et a constaté à juste titre que le traitement moins favorable auquel étaient soumises les cigarettes aux clous

¹³⁴ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 111.

¹³⁵ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 112 à 114.

¹³⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 116.

¹³⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 115 à 117 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphe 177; le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 267; et le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 186).

¹³⁸ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 118.

de girofle ne pouvait pas s'expliquer par des facteurs sans rapport avec leur origine étrangère. L'Indonésie soutient par ailleurs que le Groupe spécial n'a pas manqué à l'obligation de procéder à une évaluation objective des faits en évaluant les éléments de preuve dont il disposait, agissant ainsi conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.

50. Premièrement, l'Indonésie fait valoir que les États-Unis interprètent à tort le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante* et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)* comme prescrivant au Groupe spécial d'avoir inclus le traitement des cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que les clous de girofle et le menthol dans son analyse relative au traitement moins favorable.¹³⁹ Même si les groupes spéciaux dans les deux différends susmentionnés avaient procédé à une analyse initiale concernant les produits similaires pour un groupe de produits¹⁴⁰, la gamme des produits similaires à examiner pour évaluer le traitement moins favorable était limitée aux produits importés et nationaux en cause et ne s'étendait pas aux "autres produits potentiellement "similaires" en général".¹⁴¹ Puisque les produits en cause dans le présent différend avaient été identifiés comme étant les cigarettes aux clous de girofle importées et les cigarettes mentholées produites dans le pays, aux États-Unis, le Groupe spécial a, à juste titre, évalué la similarité uniquement pour ces deux catégories de produits et, par voie de conséquence, a correctement identifié ces produits aux fins de la comparaison à effectuer dans son analyse relative au traitement moins favorable.¹⁴² De plus, du fait qu'aucune partie n'a fait valoir auprès du Groupe spécial que les cigarettes aux clous de girofle étaient des cigarettes "similaires" ayant d'autres arômes caractérisants, si le Groupe spécial avait inclus les cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que les clous de girofle et le menthol dans son analyse, il aurait formulé une constatation concernant une allégation dont il n'était pas saisi, agissant ainsi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.¹⁴³

51. L'Indonésie rejette en outre l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a indûment rétréci la gamme des produits à comparer conformément à son mandat. L'Indonésie rejette cet argument comme étant de nature spéculative et souligne que le Groupe spécial a fait référence à

¹³⁹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 121 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 77).

¹⁴⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 126.

¹⁴¹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 130.

¹⁴² Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 139 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.277).

¹⁴³ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 140 et 141; voir aussi le paragraphe 142 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 173).

son mandat dans le contexte de son analyse concernant les produits similaires.¹⁴⁴ Le Groupe spécial n'a jamais envisagé que des cigarettes aromatisées autres que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées puissent être incluses dans l'analyse concernant les produits similaires, ce qui serait conforme à son mandat. Qui plus est, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie et ses communications ultérieures démontrent qu'elle n'a formulé aucune allégation et présenté aucun argument en ce qui concerne les cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que les clous de girofle et le menthol.¹⁴⁵ En conséquence, la question de savoir si le mandat du Groupe spécial "aurait pu autoriser une constatation de similarité" entre les cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées "ne présente plus d'intérêt".¹⁴⁶ L'Indonésie estime que, "en l'absence d'une constatation de similarité entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes ayant d'autres arômes caractérisants", le Groupe spécial n'aurait pas pu inclure ces autres cigarettes aromatisées dans son analyse relative au traitement moins favorable.¹⁴⁷

52. Deuxièmement, l'Indonésie fait valoir que le Groupe spécial n'a pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a examiné l'effet de l'article 907 a) 1) A) sur les produits qui existaient au moment où la mesure a pris effet. Elle décrit l'argument des États-Unis à cet égard comme étant "dénué de pertinence"¹⁴⁸ et ajoute que le Groupe spécial a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a déterminé la période pour laquelle une comparaison devait être effectuée. Bien que l'Indonésie reconnaisse qu'il n'y a pas de "limite temporelle rigide"¹⁴⁹ concernant le délai imparti pour l'analyse relative au traitement moins favorable, il n'y a pas non plus de mandat prescrivant de prendre en considération un délai particulier pour cette analyse.¹⁵⁰ De plus, l'Indonésie fait observer que les États-Unis font valoir que le Groupe spécial aurait dû évaluer le traitement du produit importé – les cigarettes aux clous de girofle – et d'un produit national dont il n'avait pas été constaté qu'il était similaire – d'autres cigarettes aromatisées. Cela étant, la "comparaison pertinente" devait porter sur la question de savoir si la mesure en cause avait modifié les conditions de

¹⁴⁴ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 147 et 148 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 86; et au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.124 à 7.127).

¹⁴⁵ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 149 et 150 (faisant référence à la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie, page 2; et à la réponse de l'Indonésie aux questions n° 27 et 85 du Groupe spécial).

¹⁴⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 150.

¹⁴⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 150.

¹⁴⁸ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 151.

¹⁴⁹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 152 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 89).

¹⁵⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 152; voir aussi le paragraphe 154 (citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 7.299 et 7.300).

concurrence "au détriment des cigarettes aux clous de girofle importées par rapport aux cigarettes mentholées, qui n'étaient pas interdites".¹⁵¹

53. Troisièmement, l'Indonésie ne souscrit pas à l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en n'examinant pas les éléments de preuve qui démontraient que des cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que les clous de girofle ou le menthol étaient vendues aux États-Unis au moment où la mesure a pris effet. Selon l'Indonésie, du fait que les produits appropriés aux fins de la comparaison à effectuer dans l'analyse relative au traitement moins favorable étaient les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, l'existence d'autres cigarettes aromatisées au moment où l'interdiction a été imposée est sans importance. De plus, l'Indonésie soutient que le Groupe spécial a bel et bien examiné et soupesé les éléments de preuve présentés par les États-Unis concernant l'offre d'autres cigarettes aromatisées, mais ne les a finalement pas jugés convaincants.¹⁵² L'Indonésie fait aussi remarquer que les éléments de preuve versés au dossier montraient que la marque de cigarettes aux clous de girofle produite dans le pays "représentait une part négligeable de la totalité des cigarettes aux clous de girofle vendues aux États-Unis".¹⁵³ À son avis, le fait que le Groupe spécial n'a pas accordé à ces éléments de preuve le même poids que celui que les États-Unis leur a donné ne constitue pas une violation de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

54. Quatrièmement, l'Indonésie conteste l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a appliqué un cadre juridique erroné pour déterminer si le traitement moins favorable auquel étaient soumises les cigarettes aux clous de girofle pouvait s'expliquer par des facteurs sans rapport avec leur origine étrangère. L'Indonésie observe que la jurisprudence de l'Organe d'appel ayant trait à l'article III:4 du GATT de 1994 donne des indications utiles dans le présent différend¹⁵⁴ et que, au titre de cette disposition, une analyse relative au traitement moins favorable consiste seulement à déterminer si une mesure a pour effet de modifier les conditions de concurrence au détriment des produits importés.¹⁵⁵ Selon l'Indonésie, l'allégation des États-Unis selon laquelle aucun traitement

¹⁵¹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 157.

¹⁵² Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 158 et 162 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 524 relative au paragraphe 7.289).

¹⁵³ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 164 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.26 et 2.27; et à la lettre datée du 25 mars 2008 du Président de la Tobacco Merchants Association, Inc. (pièce IND-12 présentée au Groupe spécial)).

¹⁵⁴ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 169 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.269, faisant lui-même référence au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137; et au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96).

¹⁵⁵ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 172 (faisant référence à la déclaration liminaire de l'Indonésie à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 26 et 58; à la réponse de

moins favorable n'existe lorsque l'effet défavorable sur un produit importé n'est pas imputable à son origine étrangère, mais à quelque autre facteur, est fondée sur une "mauvaise interprétation" du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*.¹⁵⁶ Sur cette base, affirme l'Indonésie, les États-Unis "tentent de créer un nouveau critère" lorsqu'ils disent que la constatation de l'existence d'un traitement moins favorable au regard de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* ne serait possible que si les effets défavorables d'une mesure sont liés à l'origine étrangère du produit importé en cause.¹⁵⁷ De fait, aucun rapport de groupe spécial ou de l'Organe d'appel n'a jamais prescrit au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 "à la fois un critère relatif au "traitement moins favorable" et un deuxième critère "fondé sur l'origine nationale"". ¹⁵⁸ Autrement dit, l'Indonésie soutient que la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle importées sont soumises à un traitement moins favorable que les cigarettes mentholées nationales – du fait que les premières sont interdites sur le marché des États-Unis, alors que les dernières ne le sont pas – est en soi suffisante pour formuler une constatation selon laquelle les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.¹⁵⁹

55. Par ailleurs, l'Indonésie conteste l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des faits comme le veut l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a constaté que l'article 907 a) 1) A) n'imposait aucun coût à aucune entité des États-Unis sans base d'éléments de preuve adéquate. Elle soutient qu'il y avait dans le dossier des éléments de preuve qui démontraient que: i) l'exception concernant les cigarettes mentholées au titre de la mesure en cause était le résultat d'un compromis politique avec la branche de production du tabac des États-Unis et d'un effort visant à protéger les emplois nationaux¹⁶⁰; et ii) la seule raison d'exclure les cigarettes mentholées de l'interdiction était d'épargner aux États-Unis les coûts qu'ils

l'Indonésie à la question n° 52 du Groupe spécial; et à la deuxième communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, paragraphe 99).

¹⁵⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 173 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96).

¹⁵⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 174 (faisant référence à la déclaration orale du Brésil à la réunion du Groupe spécial avec les parties, paragraphe 11; et à la deuxième communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, paragraphe 98).

¹⁵⁸ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 179 à 181 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 135; et le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphes 128 et 134; et faisant référence au rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 8.114 à 8.122).

¹⁵⁹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 172.

¹⁶⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 187 (faisant référence à la deuxième communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, paragraphe 118; à S. Saul, "Cigarette Bill Treats Menthol with Leniency", *New York Times*, 13 mai 2008 (pièce IND-87 présentée au Groupe spécial); et à S. Saul, "Bill to Regulate Tobacco Moves Forward", *New York Times*, 3 avril 2008 (pièce IND-88 présentée au Groupe spécial)).

pourraient normalement avoir à supporter.¹⁶¹ Lorsqu'il a évalué et soupesé ces éléments de preuve, le Groupe spécial a évalué les faits dans les limites de son pouvoir discrétionnaire et n'a donc pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

3. Article 2.12 de l'Accord OTC – "Délai raisonnable"

56. L'Indonésie estime que le Groupe spécial a attribué la bonne valeur interprétative au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha et a constaté à juste titre que l'Indonésie avait établi des éléments *prima facie* montrant qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12 de l'Accord OTC, que les États-Unis n'ont pas réfutés.¹⁶²

57. Premièrement, l'Indonésie soutient que les États-Unis allèguent à tort que le Groupe spécial s'est abstenu de déterminer formellement si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha était une "interprétation faisant autorité" adoptée par la Conférence ministérielle conformément à l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC. Selon l'Indonésie, le Groupe spécial "a clairement conclu" que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha était une "interprétation contraignante".¹⁶³ En outre, l'Indonésie ne partage pas l'avis des États-Unis selon lequel la Conférence ministérielle, en adoptant le paragraphe 5.2, n'a pas agi sur recommandation du Conseil du commerce des marchandises, comme le veut l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC. Selon l'Indonésie, le préambule de la Décision ministérielle de Doha indique que la Décision et les interprétations y figurant ont été adoptées sur la base des discussions menées au Conseil général et aux organes subsidiaires de l'OMC.

58. En réponse à l'argument des États-Unis selon lequel la Décision ministérielle de Doha est "au plus"¹⁶⁴ un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la *Convention de Vienne*, l'Indonésie estime que le Groupe spécial a déterminé à juste titre que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha était un "accord ultérieur intervenu entre les parties" au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*.¹⁶⁵ De plus, l'Indonésie fait valoir que le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son interprétation du terme "normalement" figurant au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha. Selon elle, le Groupe spécial a conclu à juste titre que le terme "normalement"

¹⁶¹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 189 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289, qui cite la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphes 23 à 25; et à la réponse des États-Unis aux questions n° 40, 89 et 109 du Groupe spécial).

¹⁶² Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 195.

¹⁶³ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 196 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.575).

¹⁶⁴ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 205 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 126).

¹⁶⁵ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 206.

devait être interprété comme signifiant "dans des conditions normales ou habituelles; en règle générale".¹⁶⁶

59. Deuxièmement, l'Indonésie estime que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que l'Indonésie avait établi *prima facie* l'existence d'une incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. D'après elle, les États-Unis font valoir à tort que le Groupe spécial a fondé sa constatation selon laquelle l'Indonésie avait établi des éléments *prima facie* "exclusivement" sur la base du texte du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha.¹⁶⁷ L'Indonésie soutient que le rapport du Groupe spécial montre clairement que le Groupe spécial a pris en considération à la fois l'article 2.12 de l'*Accord OTC* et le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha.¹⁶⁸ Elle soutient que cela est "dit catégoriquement" par le Groupe spécial lorsque celui-ci a noté que "l'Indonésie [avait] 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 raisonnable dans les circonstances de la présente affaire".¹⁶⁹

60. En réponse à l'argument des États-Unis selon lequel l'Indonésie n'a fourni aucun élément de preuve ou argument établissant que le délai de trois mois compromettrait la capacité des producteurs indonésiens de s'adapter aux prescriptions de l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA, l'Indonésie soutient qu'elle a fourni des arguments et éléments de preuve suffisants pour établir la présomption que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec leur obligation au titre de l'article 2.12.¹⁷⁰ L'Indonésie a bien, selon elle, "établi *prima facie* que le délai de 90 jours accordé par les États-Unis était notablement plus court que les six mois" normalement requis.¹⁷¹ L'Indonésie estime que, selon les éléments stipulés à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, ainsi que selon l'interprétation contraignante de l'expression "délai raisonnable" figurant au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, l'Indonésie a exposé dans ses communications écrites et orales, ainsi que dans les pièces qu'elle a adressées au Groupe spécial, des arguments juridiques et des éléments de preuve pour établir la présomption que son allégation concernant les États-Unis au titre de l'article 2.12 était vraie.¹⁷² En conséquence, l'Indonésie soutient que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur de droit en constatant que l'Indonésie avait établi *prima facie* l'existence d'une incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

¹⁶⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 220 et 221.

¹⁶⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 223 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 128).

¹⁶⁸ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 227.

¹⁶⁹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 230 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.594).

¹⁷⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 233.

¹⁷¹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 237.

¹⁷² Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 234.

61. Troisièmement, en ce qui concerne l'allégation des États-Unis selon laquelle, même à supposer que le Groupe spécial ait constaté à juste titre que l'Indonésie avait établi des éléments *prima facie*, le Groupe spécial a commis une erreur de droit en constatant que les États-Unis n'avaient pas réfuté les éléments *prima facie* établis par l'Indonésie, l'Indonésie répond que, puisqu'elle avait établi des éléments *prima facie*, la responsabilité "de présenter des preuves et des arguments pour réfuter l'allégation" s'était déplacée et incombait aux États-Unis.¹⁷³ Puisque le délai de 90 jours ménagé par les États-Unis était notablement plus court que les six mois normalement requis, la charge de réfuter l'incompatibilité alléguée incombait aux États-Unis. Selon l'Indonésie, le Groupe spécial a souligné à juste titre que les États-Unis n'avaient pas expliqué pourquoi ils jugeaient que ménager un délai plus long entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif recherché par la mesure, alors qu'un délai de trois mois le permettait.¹⁷⁴ L'Indonésie affirme aussi que les États-Unis n'ont pas expliqué pourquoi un délai de six mois aurait été inefficace, en particulier compte tenu du fait qu'ils n'avaient pas notifié l'article 907 a) 1) A) comme étant une mesure d'urgence conformément à l'article 2.10 de l'*Accord OTC*.¹⁷⁵

62. Selon l'Indonésie, le Groupe spécial a soupesé et mis en balance les éléments de preuve et arguments figurant dans le dossier et, s'il était "convaincu de la validité de l'allégation présentée par l'Indonésie", il "n'était pas convaincu par les arguments présentés à titre de réfutation" par les États-Unis.¹⁷⁶ Par conséquent, de l'avis de l'Indonésie, le Groupe spécial a agi d'une manière compatible avec ses devoirs puisque, "en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, [un groupe spécial est tenu], en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve".¹⁷⁷

C. Arguments des participants tiers

1. Brésil

63. Le Brésil souscrit d'une manière générale aux vues exprimées par le Groupe spécial en ce qui concerne le critère juridique pour l'évaluation de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

¹⁷³ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 240 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 19).

¹⁷⁴ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 240 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.593).

¹⁷⁵ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 241 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.593).

¹⁷⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 242. (soulignage omis)

¹⁷⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 243 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.591, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 104; au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 98 et 136; et au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Pommes*, paragraphe 159).

Selon lui, l'absence d'une disposition semblable à l'article III:1 du GATT de 1994, conjuguée au sixième considérant du préambule de l'*Accord OTC*, semble indiquer que les objectifs d'un règlement technique devraient jouer un rôle important pour déterminer les caractéristiques des produits dont il est allégué qu'ils sont similaires.¹⁷⁸ Bien qu'il n'y ait pas de référence directe dans l'article 2.1 de l'*Accord OTC* aux objectifs légitimes du règlement technique, le Brésil note que le recours à un concept analytique global pour éclairer tous les paragraphes d'une disposition est une question qui a déjà été reconnue dans la jurisprudence de l'OMC.¹⁷⁹ À son avis, l'objectif recherché par un Membre adoptant un règlement technique est un élément central de l'analyse de la similarité au titre de l'article 2.1, compte tenu de son contexte et de son objet et son but.¹⁸⁰ Cependant, le Brésil affirme qu'il ne semble pas raisonnable d'exiger d'un groupe spécial qu'il examine les intentions de l'organisme de réglementation et leurs conséquences qui vont au-delà de l'objectif légitime explicite d'une mesure. Les objectifs recherchés au moyen de "règlements techniques" doivent être évalués aussi objectivement que possible¹⁸¹, en examinant la structure, les principes de base et la conception de la mesure.¹⁸² Une fois que les objectifs légitimes recherchés par un Membre sont dûment exposés, le Brésil estime qu'ils devraient éclairer l'analyse de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

64. Le Brésil note par ailleurs que les États-Unis défendent une interprétation de l'expression "traitement non moins favorable" qui exigerait des éléments de preuve d'effets préjudiciables fondés sur l'origine pour le produit importé comme condition préalable pour montrer l'existence d'une discrimination *de facto*.¹⁸³ Selon ses explications, les États-Unis considèrent donc que s'il était constaté qu'un quelconque facteur autre que l'origine étrangère du produit constituait le fondement de la discrimination, il n'y aurait pas de violation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. À son avis, tant au regard de l'article III:4 du GATT de 1994 que de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, la question clé est de savoir jusqu'à quel point l'application d'une mesure se traduit par un traitement moins favorable pour le produit importé similaire, indépendamment de l'objectif déclaré de la mesure.¹⁸⁴ La différence

¹⁷⁸ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 8.

¹⁷⁹ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 11 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 98; et aux rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 119).

¹⁸⁰ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 14.

¹⁸¹ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 17.

¹⁸² Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 20 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 32; au rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphes 61 et 62; et au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 112).

¹⁸³ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 23 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 101 à 106).

¹⁸⁴ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 28 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, pages 32 et 33).

entre ces deux dispositions est que, alors qu'au regard de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, les objectifs de la mesure sont pertinents pour définir si les produits en cause sont similaires, au regard de l'article III:4 du GATT de 1994, la similarité est évaluée sous l'angle de la concurrence.¹⁸⁵ Le Brésil soutient qu'au regard des deux dispositions, une fois qu'il est constaté que les produits importés et les produits nationaux sont similaires, la manière dont la mesure est appliquée et les circonstances qui prévalent sur le marché pertinent pour les produits affectés sont plus importantes dans une détermination de l'existence d'un traitement moins favorable que les objectifs de la mesure. Selon lui, cette conclusion est encore plus pertinente dans le contexte d'une analyse de la discrimination *de facto*.¹⁸⁶

2. Colombie

65. La Colombie estime que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation juridique du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha. À son avis, le Groupe spécial a décidé de donner à la Décision ministérielle de Doha le statut d'une interprétation faisant autorité parce qu'elle avait été adoptée par tous les Membres de l'OMC réunis en Conférence ministérielle, l'organe de rang le plus élevé de l'OMC.¹⁸⁷ Selon la Colombie, toutefois, cette conclusion juridique est incorrecte. La Colombie note que la Conférence ministérielle n'agissait pas en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement de l'*Accord OTC* comme l'exige l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* et que, par conséquent, la première condition de l'article IX:2 n'était pas présente en l'espèce.¹⁸⁸ Par ailleurs, le Groupe spécial a rejeté cette condition au motif qu'il s'agissait d'une prescription purement formelle. La Colombie considère que ce raisonnement est erroné: premièrement, parce que la nature procédurale d'une condition ne signifie pas que cette condition peut être négligée¹⁸⁹; et, deuxièmement, parce que le fait que tous les Membres sont convenus d'une certaine interprétation n'est pas suffisant pour conclure que cette interprétation a été adoptée conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*. S'agissant du dernier point, elle estime que ni la Conférence ministérielle ni le Conseil général n'ont le pouvoir de ne pas tenir compte du consentement donné antérieurement par tous les Membres de l'OMC qui est incorporé dans les accords visés.¹⁹⁰ La Colombie estime par ailleurs que l'Organe d'appel devrait préciser s'il pourrait être considéré que la Décision ministérielle de Doha constitue, en vertu de l'article 31 3) a) de la

¹⁸⁵ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 29.

¹⁸⁶ Communication du Brésil en tant que participant tiers, paragraphe 30.

¹⁸⁷ Communication de la Colombie en tant que participant tiers, paragraphe 6 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.576).

¹⁸⁸ Communication de la Colombie en tant que participant tiers, paragraphe 10.

¹⁸⁹ Communication de la Colombie en tant que participant tiers, paragraphe 14.

¹⁹⁰ Communication de la Colombie en tant que participant tiers, paragraphe 15.

Convention de Vienne, un "accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*".¹⁹¹

3. Union européenne

66. L'Union européenne indique tout d'abord qu'il apparaît que l'expression "produit similaire" est utilisée par les parties et le Groupe spécial de deux façons différentes. La première utilisation a trait à la "comparaison entre le côté des importations et le côté des produits nationaux" (la "ligne horizontale")¹⁹², alors que la deuxième concerne la "relation parmi les choses qui sont examinées conjointement" en tant que produit à la fois du côté des importations et du côté des produits nationaux (la "ligne verticale").¹⁹³ De l'avis de l'Union européenne, la comparaison effectuée sur la "ligne horizontale" exige que la catégorie des produits importés et celle des produits nationaux soient décrites en termes identiques à tous égards, autrement il n'est pas possible de déterminer valablement l'existence d'une discrimination *de facto*.¹⁹⁴ La comparaison effectuée sur la "ligne verticale", en revanche, n'exige pas que toutes les choses à l'intérieur de l'ensemble d'un "produit" soient identiques à tous égards parce que la comparaison est effectuée sur la base d'une définition du marché (c'est-à-dire par référence à l'élasticité croisée de l'offre et de la demande) et que, partant, des choses tout à fait hétérogènes peuvent être prises conjointement comme un seul produit.¹⁹⁵ L'Union européenne estime que, pour déterminer s'il y a discrimination *de facto*, il est nécessaire d'examiner si la distinction établie par le règlement est liée à l'origine étrangère du produit.¹⁹⁶ C'est la raison pour laquelle elle soutient que même si les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient raisonnablement regroupées comme étant un "produit", cela ne veut pas dire que la situation concernant les cigarettes mentholées et le tabagisme chez les jeunes et la situation concernant les cigarettes aux clous de girofle et le tabagisme chez les jeunes soient nécessairement les mêmes ou semblables.¹⁹⁷

67. S'agissant de l'analyse relative au traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, l'Union européenne souligne que la relation entre le commerce et la réglementation est complexe.¹⁹⁸ À son avis, le problème est de distinguer l'exercice de l'autonomie en matière de

¹⁹¹ Communication de la Colombie en tant que participant tiers, paragraphe 19.

¹⁹² Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 17. (souligné dans l'original)

¹⁹³ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 18. (souligné dans l'original)

¹⁹⁴ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 19.

¹⁹⁵ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 20.

¹⁹⁶ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 21.

¹⁹⁷ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 23.

¹⁹⁸ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 32.

réglementation qui est acceptable de celui qui ne l'est pas.¹⁹⁹ Cela implique nécessairement d'examiner si la conception de la mesure est, expressément ou indirectement, liée à l'origine étrangère des produits réglementés. L'Union européenne estime aussi qu'il faudrait examiner toutes "explications contraires" en même temps que l'on examine s'il y a une relation avec l'origine étrangère, parce que cette approche ménage la plus grande flexibilité lorsqu'on passe en revue toute une série de situations factuelles possibles.²⁰⁰ De plus, l'Union européenne exprime des préoccupations en ce qui concerne l'approche suivie par le Groupe spécial pour attribuer la charge de la preuve au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.²⁰¹ En particulier, selon elle, le Groupe spécial semble indiquer dans son raisonnement que, comme les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle attirent les jeunes, la seule explication plausible du fait que l'interdiction n'a pas été étendue aux cigarettes mentholées est l'existence d'une discrimination *de facto*.²⁰² Toutefois, ce raisonnement ne tient pas compte de la possibilité, défendue par les États-Unis, que l'attrait exercé par les cigarettes aux clous de girofle sur les jeunes soit plus prononcé que pour les cigarettes mentholées.²⁰³ L'Union européenne soutient que le Groupe spécial n'a pas expliqué en quoi l'Indonésie s'était acquittée de la charge de prouver que la situation concernant les cigarettes mentholées et le tabagisme chez les jeunes était la même que la situation concernant les cigarettes aux clous de girofle, ou était semblable à celle-ci.²⁰⁴ Si l'Indonésie n'a pas fourni d'éléments de preuve à cet égard, l'Union européenne se demande à quel titre il est possible de considérer que l'Indonésie s'est acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait s'agissant d'une violation "en fait" alléguée de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.²⁰⁵

68. Enfin, s'agissant de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, l'Union européenne considère que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha est pertinent soit en vertu de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*, soit en tant que donnée factuelle.²⁰⁶ Elle soutient par ailleurs qu'il incombait à l'Indonésie de prouver, au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, que le délai effectivement ménagé par la mesure n'était pas raisonnable.²⁰⁷ S'agissant de la question de savoir si un délai de six mois serait ou non inefficace pour réaliser l'objectif légitime recherché, elle ne trouve rien dans la Décision ministérielle de Doha qui renverse expressément la charge de la preuve.²⁰⁸ Elle rappelle à cet égard

¹⁹⁹ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 33.

²⁰⁰ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 44.

²⁰¹ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 51.

²⁰² Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 54.

²⁰³ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 54 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 32 à 36, 54, 55 et 61 à 63).

²⁰⁴ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 56.

²⁰⁵ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 57.

²⁰⁶ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 62.

²⁰⁷ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 63.

²⁰⁸ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 66.

que l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Sardines* a attribué la charge de la preuve au plaignant au titre de l'article 2.4 de l'*Accord OTC*.²⁰⁹

4. Mexique

69. Le Mexique estime qu'il est difficile d'incorporer l'objectif d'un règlement technique dans l'analyse concernant les produits similaires. À son avis, lorsque le but d'un règlement technique est de protéger les valeurs les plus hautes telles que la vie et la santé des personnes, l'analyse des quatre critères sera elle-même suffisante pour établir une interprétation correcte de la similarité parce que "les différences entre les produits elles-mêmes auront inspiré l'objectif du règlement technique, et non pas l'inverse".²¹⁰ Le Mexique soutient, en particulier, que le critère des goûts et habitudes des consommateurs doit être manié avec beaucoup de prudence parce que l'intervention d'un Membre en matière de réglementation peut "façonner les perceptions des consommateurs".²¹¹ En outre, il estime que la création de sous-catégories de produits similaires fondée sur des utilisations finales différentes, comme les États-Unis l'ont suggéré, pourrait conduire au contournement des disciplines énoncées à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.²¹² Le Mexique souligne par ailleurs que, si les distinctions établies par la réglementation pouvaient être utilisées pour déterminer les produits similaires, cela pourrait "vider de son sens le concept de discrimination *de facto*".²¹³

70. S'agissant de l'analyse relative au traitement moins favorable faite par le Groupe spécial, le Mexique conteste l'avis des États-Unis selon lequel le groupe des produits importés similaires devrait inclure les produits importés similaires de tous les Membres de l'OMC et non pas simplement ceux du Membre plaignant. Selon lui, l'expression "tout [Membre]" figurant à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* ménage "une flexibilité considérable" lorsqu'on évalue la conformité à cette disposition et, partant, l'accent peut être mis sur les produits similaires d'"un Membre, de *certain*s Membres ou de *tous* les Membres".²¹⁴ De l'avis du Mexique, le Groupe spécial a axé à juste titre son examen sur le traitement accordé aux produits similaires en provenance d'Indonésie. De plus, contrairement à l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial aurait dû comparer le traitement accordé aux produits importés et aux produits nationaux similaires en tant que groupe, le Mexique estime que l'"approche efficace" de l'application de la comparaison des "groupes" qu'a suivie le Groupe spécial lorsqu'il s'est

²⁰⁹ Communication de l'Union européenne en tant que participant tiers, paragraphe 67 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *EC – Sardines*, paragraphes 259 à 282).

²¹⁰ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 15.

²¹¹ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 16.

²¹² Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphes 17 à 19.

²¹³ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 21.

²¹⁴ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 40. (italique dans l'original)

prononcé sur l'existence d'un traitement moins favorable ne constituait "pas une erreur de droit".²¹⁵ Au contraire, le Groupe spécial a constaté à bon droit que la "grande majorité" des importations de cigarettes indonésiennes ayant des arômes caractérisants étaient interdites, alors que "toutes ou presque toutes" les cigarettes des États-Unis ayant des arômes caractérisants étaient exclues de l'interdiction.²¹⁶

71. Le Mexique traite pour finir trois questions additionnelles concernant l'analyse relative au traitement moins favorable. Premièrement, il souscrit au raisonnement du Groupe spécial selon lequel une mesure est discriminatoire lorsqu'elle réduit au minimum les coûts supportés par les producteurs nationaux tout en faisant supporter des coûts aux producteurs étrangers. À son avis, l'approche suivie par le Groupe spécial est aussi applicable à n'importe quel cas dans lequel un règlement technique est conçu de telle sorte que, *de facto* ou *de jure*, il évite ou réduit au minimum les coûts supportés par les producteurs nationaux et fait supporter des coûts aux producteurs étrangers.²¹⁷ Deuxièmement, s'agissant de l'argument des États-Unis selon lequel il n'y a pas de limite temporelle pour l'analyse relative au traitement moins favorable *de facto*²¹⁸, le Mexique affirme que la date d'établissement d'un groupe spécial est "la date clé" lorsqu'on évalue s'il existe une discrimination *de facto*.²¹⁹ Il considère que, même si des événements passés, voire futurs, peuvent éclairer une évaluation de l'existence d'une discrimination *de facto* au moment de l'établissement du groupe spécial, "il faut user de beaucoup de prudence lorsqu'on incorpore ces faits dans l'évaluation".²²⁰ Troisièmement, le Mexique est préoccupé par l'interprétation selon laquelle il n'est pas manqué aux obligations de non-discrimination énoncées à l'article 2.1 de l'Accord OTC si l'incidence défavorable est essentiellement le résultat de facteurs "sans rapport avec l'origine étrangère du produit".²²¹ Selon lui, la discrimination *de facto* a lieu précisément, de par sa nature même, lorsque la mesure contestée, telle qu'elle est libellée, n'établit pas de discrimination fondée sur l'origine.

²¹⁵ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 43.

²¹⁶ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 48 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.276 à 7.279).

²¹⁷ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphes 53 et 54.

²¹⁸ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 56 (faisant référence à la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 91 à 94).

²¹⁹ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 57.

²²⁰ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 59.

²²¹ Communication du Mexique en tant que participant tiers, paragraphe 65 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 101; et faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.259, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96).

5. Norvège

72. La Norvège pense comme les États-Unis que le mandat d'un groupe spécial n'est pas limité par les produits énumérés dans une demande d'établissement d'un groupe spécial.²²² À cet égard, elle n'est pas convaincue par le raisonnement du Groupe spécial selon lequel "l'indication des produits spécifiques en cause dans une demande d'établissement d'un groupe spécial se rapporte à l'allégation en question".²²³ À son avis, puisque la gamme des produits visés par l'analyse de la similarité peut influencer sur le résultat d'une allégation de discrimination, un groupe spécial devrait être en droit de définir "la gamme des produits visés par sa propre analyse" afin de déterminer l'existence d'une discrimination, "sans être soumis aux limitations choisies par le plaignant, pour quelque raison que ce soit, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial".²²⁴

73. S'agissant de l'analyse relative au traitement moins favorable, la Norvège note d'abord que le Groupe spécial a comparé "*un produit similaire (les cigarettes aux clous de girofle), provenant d'une source (l'Indonésie), à un produit national similaire aux États-Unis (les cigarettes mentholées)*".²²⁵ À son avis, cependant, le Groupe spécial aurait dû comparer l'incidence de la mesure en cause sur "*tous les produits importés similaires, provenant de tous les Membres de l'OMC*" par rapport à l'incidence de la mesure "*sur tous les produits nationaux similaires*".²²⁶ Selon la Norvège, le point de départ correct pour l'analyse devrait être "*le groupe entier* des produits indiqués comme étant des produits similaires".²²⁷ Ensuite, la Norvège ne souscrit pas à l'affirmation des États-Unis selon laquelle, du fait que leur mesure établit une distinction entre les cigarettes "en se fondant sur un critère neutre quant à l'origine tiré d'un objectif de réglementation légitime", elle est compatible avec les règles de l'OMC.²²⁸ À son avis, il apparaît que les États-Unis "poussent trop loin les propos de l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – [Importation et vente de] cigarettes*"²²⁹, jusqu'à des circonstances qui sont différentes de celles qui prévalaient dans ce différend. Une évaluation correcte de la discrimination *de facto* est axée sur la question de savoir si les produits importés similaires sont essentiellement soumis à un traitement moins favorable, alors que les produits nationaux similaires

²²² Communication de la Norvège en tant que participant tiers, paragraphe 5.

²²³ Communication de la Norvège en tant que participant tiers, paragraphe 6 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.139).

²²⁴ Communication de la Norvège en tant que participant tiers, paragraphe 7.

²²⁵ Communication de la Norvège en tant que participant tiers, paragraphe 12 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.274 et 7.275). (italique dans l'original)

²²⁶ Communication de la Norvège en tant que participant tiers, paragraphe 12. (italique dans l'original)

²²⁷ Communication de la Norvège en tant que participant tiers, paragraphe 13 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États – Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.295, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100). (souligné dans l'original)

²²⁸ Communication de la Norvège en tant que participant tiers, paragraphe 15. (italique dans l'original)

²²⁹ Communication de la Norvège en tant que participant tiers, paragraphe 20 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96).

sont essentiellement soumis à un traitement plus favorable. S'il existe une telle discrimination *de facto*, la question de savoir si un objectif de politique justifie cette discrimination relève plus justement de l'analyse effectuée au titre d'une exception applicable.²³⁰

6. Turquie

74. La Turquie estime que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur de droit dans son interprétation générale de l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. À son avis, le Groupe spécial a dûment examiné l'*Accord OTC* comme contexte immédiat tout en tenant compte aussi de la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994.²³¹ Elle soutient donc que le Groupe spécial a constaté à juste titre que l'objectif de santé publique légitime déclaré de la mesure, à savoir réduire le tabagisme chez les jeunes, "[devait] imprégner et éclairer [son] analyse de la similarité".²³² S'agissant de l'évaluation générale des critères pour déterminer la similarité, la Turquie note que l'Organe d'appel a rejeté une approche unique et préconisé une analyse au cas par cas.²³³ Quant au critère de l'utilisation finale, elle pense qu'une approche fondée sur la concurrence pour déterminer la similarité ne devrait pas avoir autant d'influence dans le cadre de l'*Accord OTC* que dans celui de l'article III du GATT de 1994. Au lieu de cela, l'aspect de la mesure relatif à la santé publique "crée le contexte immédiat".²³⁴ S'agissant des goûts et habitudes des consommateurs, la Turquie estime que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en mettant l'accent sur le groupe de consommateurs pertinents – les jeunes fumeurs. À son avis, il n'est pas nécessaire de montrer que les consommateurs "substituent effectivement un produit à un autre"; en fait, il est suffisant de montrer que les consommateurs "sont susceptibles de [les] substituer [les uns aux autres]".²³⁵

75. La Turquie estime par ailleurs que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur de droit en limitant son analyse à une comparaison entre le traitement des cigarettes mentholées et celui des cigarettes aux clous de girofle au titre de l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA. À son avis, le Groupe spécial était tenu de faire une comparaison entre les produits spécifiés dans son mandat parce que, "du moins en l'espèce", la spécification des produits faisait partie de l'allégation elle-même formulée par l'Indonésie.²³⁶ De plus, la Turquie note que dans une analyse relative au traitement moins favorable, les effets préjudiciables découlant de facteurs autres que l'origine d'un produit sont "une question

²³⁰ Communication de la Norvège en tant que participant tiers, paragraphe 21.

²³¹ Communication de la Turquie en tant que participant tiers, paragraphe 4 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.117).

²³² Communication de la Turquie en tant que participant tiers, paragraphe 5 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.116).

²³³ Communication de la Turquie en tant que participant tiers, paragraphe 7 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101).

²³⁴ Communication de la Turquie en tant que participant tiers, paragraphe 11.

²³⁵ Communication de la Turquie en tant que participant tiers, paragraphe 15.

²³⁶ Communication de la Turquie en tant que participant tiers, paragraphes 18 et 19.

essentielle".²³⁷ Elle soutient que pour évaluer cette question clé, le point de repère essentiel est la question de savoir si les produits importés et les produits nationaux sont traités d'une manière égale, en tenant compte de tous les facteurs économiques et sociaux. Elle estime donc que le Groupe spécial a eu raison de conclure que le but de l'*Accord OTC* ne pourrait pas être atteint si les Membres étaient "autorisés à exclure leurs produits nationaux" de l'application des règlements techniques "afin d'éviter les coûts potentiels que cela pourrait autrement leur occasionner".²³⁸

III. Questions soulevées dans le présent appel

76. Les questions soulevées dans le présent appel sont les suivantes, à savoir:

- a) Si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA était incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, et en particulier:
 - i) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, en particulier:
 - si le Groupe spécial a effectué une analyse incomplète des différentes utilisations finales des produits en cause;
 - si le Groupe spécial a fait erreur dans son analyse des goûts et habitudes des consommateurs; et
 - si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation des goûts et habitudes des consommateurs;
 - ii) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'article 907 a) 1) A) soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux cigarettes mentholées d'origine nationale au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, et en particulier:
 - si le Groupe spécial a indûment restreint la gamme des produits visés par son analyse en comparant le traitement accordé aux cigarettes aux

²³⁷ Communication de la Turquie en tant que participant tiers, paragraphe 21.

²³⁸ Communication de la Turquie en tant que participant tiers, paragraphe 22 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.291).

clous de girofle importées et celui accordé aux cigarettes mentholées nationales;

- si le Groupe spécial a fait erreur en évaluant le traitement moins favorable au moment où l'interdiction des cigarettes aromatisées est entrée en vigueur;
 - si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'effet préjudiciable, s'agissant des conditions de concurrence, pour les cigarettes aux clous de girofle importées ne pouvait pas s'expliquer par des raisons sans rapport avec l'origine étrangère de ces produits; et
 - si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que l'article 907 a) 1) A) soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux cigarettes mentholées nationales; et
- b) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que, 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) de la FFDC, les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, et en particulier:
- i) si le Groupe spécial a attribué une "valeur interprétative" incorrecte au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha en interprétant l'expression "délai raisonnable" employée à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*; et
 - ii) si le Groupe spécial a constaté à tort que l'Indonésie avait établi des éléments *prima facie* montrant qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, que les États-Unis n'ont pas réfutés.

IV. Contexte

77. Avant de commencer notre analyse des questions de droit et interprétations du droit soulevées dans le présent appel, nous exposons brièvement certains faits et renseignements contextuels pertinents. Le présent différend porte sur l'article 907 a) 1) A) de la Loi fédérale sur les produits

alimentaires, les médicaments et les cosmétiques des États-Unis²³⁹ (la "FFDCA"). L'article 907 a) 1) A) a été ajouté à la FFDCA par l'article 101 b) de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial²⁴⁰ ("la FSPTCA")²⁴¹, et a été promulgué le 22 juin 2009.²⁴²

78. Aux termes de l'article 907 a) 1) A), à compter de trois mois après la date de promulgation de la FSPTCA – à savoir, à compter du 22 septembre 2009:

... aucune cigarette ni aucun des composants d'une cigarette (y compris le tabac, le filtre ou le papier) 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, 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.

79. L'objectif spécifique de l'article 907 a) 1) A) n'est pas énoncé dans la FSPTCA elle-même. Cependant, un rapport élaboré par la Commission de l'énergie et du commerce de la Chambre des représentants²⁴³ (le "Rapport de la Chambre") expose à la fois les objectifs de la FSPTCA en général et ceux de l'article 907 a) 1) A) en particulier. Selon le Rapport de la Chambre, "[l]es 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".²⁴⁴ Le Rapport de la Chambre explique aussi le but de l'article 907 a) 1) A) 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.²⁴⁵

80. Selon la Directive à l'intention du secteur d'activité concerné et du personnel de la FDA²⁴⁶ (la "Directive de la FDA") l'article 907 a) 1) A) s'applique à tous les produits du tabac aromatisés²⁴⁷ qui

²³⁹ *Supra*, note de bas de page 2.

²⁴⁰ *Supra*, note de bas de page 3.

²⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.4.

²⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.5 (faisant référence à la première communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, note de bas de page 1 relative au paragraphe 1).

²⁴³ H.R. Rep. No. 111-58, Pt. 1 (2009) (pièces IND-2 et US-67 présentées au Groupe spécial).

²⁴⁴ Rapport de la Chambre, page 14.

²⁴⁵ Rapport de la Chambre, page 37.

²⁴⁶ General Questions and Answers on the Ban of Cigarettes that Contain Characterizing Flavors (Edition 2)", 23 décembre 2009 (pièce IND-41 présentée au Groupe spécial).

²⁴⁷ Le Groupe spécial a noté que, lorsqu'ils faisaient référence aux cigarettes *ne contenant pas d'arômes caractérisants*, les parties employaient souvent les expressions cigarettes "ordinaires" et cigarettes "aromatisées".

répondent à la définition d'une "cigarette" figurant à l'article 3 1) de la *Loi fédérale sur l'étiquetage et la publicité des cigarettes*,²⁴⁸ à savoir: "A) tout rouleau de tabac enveloppé dans du papier ou dans toute substance ne contenant pas de tabac"; ou "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 et de son étiquetage, est susceptible d'être proposé aux consommateurs, ou acheté par ceux-ci, en tant que cigarette décrite [au point] A)".²⁴⁹ L'interdiction figurant à l'article 907 a) 1) A) s'applique aussi au tabac en vrac aromatisé et aux papiers à rouler, ainsi qu'aux filtres destinés à être utilisés dans les cigarettes à rouler.²⁵⁰

81. Le Groupe spécial a identifié les produits en cause en l'espèce comme étant les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées.²⁵¹ 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.²⁵² Plus spécifiquement, les cigarettes aux clous de girofle ont généralement une teneur en tabac de 60 à 80 pour cent, résultant habituellement d'un mélange de différentes variétés de tabac.²⁵³ Pour ce qui est des additifs, les cigarettes aux clous de girofle contiennent environ 20 à 40 pour cent de clous de girofle, sous la forme de boutons floraux ou de clous de girofle pulvérisés/hachés.²⁵⁴ Elles contiennent aussi généralement une "sauce" qui fait partie des ingrédients aromatisants choisis par chaque fabricant²⁵⁵, ainsi que d'autres composants inhérents aux clous de girofle, tels que l'acétate de benzyle, le salicylate de méthyle, le trans-anéthole et le méthyleugénol.²⁵⁶ Devant le Groupe spécial,

au tabac" de façon interchangeable, et a jugé que cette ambiguïté "[pouvait] créer une certaine confusion". Le Groupe spécial a observé que parler de cigarettes aromatisées au tabac pouvait 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 leur confère un arôme caractérisant. Le Groupe spécial a donc décidé d'utiliser l'expression cigarettes "ordinaires", et non pas cigarettes "aromatisées au tabac", car elle décrit mieux le fait que ces cigarettes ne contiennent pas d'arômes caractérisants *additionnels*. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.131)

²⁴⁸ *Code des États-Unis*, titre 15, chapitre 36.

²⁴⁹ Directive de la FDA, réponse à la question n° 2.

²⁵⁰ Directive de la FDA, réponses aux questions n° 3 et 4.

²⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.147.

²⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.157 (faisant référence à la première communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, paragraphe 54; et à la deuxième communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, paragraphe 67).

²⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.158 (faisant référence à S. Farrer, "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes" (août 2003) 18(2) *National Institute on Drug Abuse (NIDA) Notes* (pièce IND-29 présentée au Groupe spécial); à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 163; et aux réponses de l'Indonésie et des États-Unis à la question n° 33 du Groupe spécial).

²⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.159.

²⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.160 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 165).

²⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.164 (faisant référence à la réponse de l'Indonésie à la question n° 30 du Groupe spécial).

les parties n'ont pas contesté que les cigarettes aux clous de girofle contenaient de l'eugénol²⁵⁷ – une substance que les États-Unis ont définie comme "un anesthésique topique courant utilisé dans les interventions dentaires"²⁵⁸ –, et elles sont également convenues que le document de Polzin, une étude portant sur certains ingrédients des cigarettes aux clous de girofle indonésiennes, montrait que 19 des 33 marques de cigarettes aux clous de girofle analysées contenaient de la coumarine, un additif aromatisant.²⁵⁹

82. Les cigarettes mentholées, en revanche, ont une teneur en poids, d'environ 90 pour cent de tabac et sont composées d'un mélange de tabac de Virginie, de Burley du Maryland, de tabac oriental et de tabac reconstitué.²⁶⁰ Le Groupe spécial a relevé que le rapport du Comité consultatif scientifique des produits du tabac de mars 2011 adressé à la FDA²⁶¹ (le "rapport de mars 2011 du TPSAC") précisait que "[l]es cigarettes mentholées [étaient] 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 cré[aient] une caractéristique gustative incompatible avec le menthol".²⁶² Le principal additif contenu dans les cigarettes mentholées est l'essence de menthe, un composé chimique extrait de la menthe poivrée (*Mentha piperita*), de la baume des champs (*Mentha arvensis*), ou produit par des méthodes synthétiques ou hémisynthétiques. Le menthol est ajouté aux cigarettes de différentes manières²⁶³ et se diffuse dans toute la cigarette, quel que soit le moyen d'application.²⁶⁴ Selon le rapport de mars 2011 du TPSAC, le menthol est ajouté aux cigarettes à la fois comme arôme caractérisant et pour d'autres raisons liées au goût, qui comprennent le fait de renforcer l'arôme des mélanges de tabac et/ou d'adoucir le goût du mélange. Le menthol représente à peu près 1 pour cent des ingrédients contenus dans la cigarette, même si la

²⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.162.

²⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.161 (citant la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 38).

²⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.163 (faisant référence à Polzin *et al.*, "Determination of eugenol, anethole, and coumarin in the mainstream cigarette smoke of Indonesian clove cigarettes" (octobre 2007) 45(10) *Food & Chemical Toxicology* (pièce US-45 présentée au Groupe spécial); et aux réponses de l'Indonésie et des États-Unis à la question n° 34 du Groupe spécial).

²⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.166 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 31 du Groupe spécial). Le Groupe spécial a noté que l'Indonésie n'avait pas communiqué de renseignements spécifiques à cet égard. (*Ibid.*, note de bas de page 357 relative au paragraphe 7.166)

²⁶¹ Peut être consulté à: <http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf>.

²⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.166.

²⁶³ Les différentes manières dont le menthol est ajouté aux cigarettes sont les suivantes: 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. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.167)

²⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.167.

quantité précise varie d'une marque à l'autre.²⁶⁵ En outre, il peut avoir des propriétés rafraîchissantes, analgésiques ou irritantes, et il réduirait la sensibilité aux produits chimiques nocifs, y compris la nicotine.²⁶⁶

83. Dans le présent rapport, nous examinons tout d'abord l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Nous traitons ensuite l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC* en soumettant les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux cigarettes mentholées d'origine nationale. Enfin, nous examinons l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que, 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 avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

V. Article 2.1 de l'*Accord OTC*

A. Introduction

84. Le Groupe spécial a constaté que l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA était un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* et qu'il était incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC* parce qu'il soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux cigarettes mentholées similaires d'origine nationale.²⁶⁷ En particulier, le Groupe spécial a constaté que "les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées [étaient] des "produits similaires" aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*"²⁶⁸ et que, "en interdisant les cigarettes aux clous de girofle tout en exemptant les cigarettes mentholées de l'interdiction, l'article 907 a) 1) A) accord[ait] effectivement aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'il accord[ait] aux cigarettes mentholées nationales, aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*".²⁶⁹

85. Les États-Unis font appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et font valoir que le Groupe

²⁶⁵ Selon l'Indonésie, la teneur en menthol peut atteindre 3 pour cent. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.169 (faisant référence à la réponse de l'Indonésie à la question n° 32 du Groupe spécial))

²⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.168 (faisant référence au rapport de mars 2011 du TPSAC, pages 18 à 20 et 22).

²⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.293, 8.1 a) et 8.1 b).

²⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.248.

²⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.292.

spécial a fait erreur en constatant que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient des produits similaires et que l'article 907 a) 1) A) soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits similaires d'origine nationale, au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Nous traitons séparément dans le présent rapport les allégations des États-Unis au sujet des constatations du Groupe spécial relatives aux produits similaires et au traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Mais avant cela, nous examinons l'article 2.1 dans son ensemble, dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'*Accord OTC*.

86. L'article 2.1 de l'*Accord OTC* dispose que, en ce qui concerne les institutions de leur gouvernement central:

[l]es 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.

87. L'article 2.1 de l'*Accord OTC* contient une obligation de traitement national et une obligation de traitement de la nation la plus favorisée. En l'espèce, il nous est demandé de clarifier le sens de l'obligation de traitement national. Pour que l'existence d'un manquement à l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 soit établie, il faut que trois éléments soient réunis: i) la mesure en cause doit être un règlement technique; ii) les produits importés et les produits nationaux en cause doivent être des produits similaires; et iii) le traitement accordé aux produits importés doit être moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires. L'appel des États-Unis ne concerne que les deuxième et troisième éléments de ce critère d'incompatibilité, à savoir, si les produits en cause sont similaires et si le traitement accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées d'Indonésie est moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires aux États-Unis.²⁷⁰

88. Dans les sections V.B et V.C du présent rapport, nous interprétons l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et, en particulier, les expressions "produits similaires" et "traitement non moins favorable". Cependant, avant d'entreprendre ce travail d'interprétation, nous souhaitons formuler certaines observations d'importance générale au sujet: du préambule de l'*Accord OTC*; de la définition de l'expression "règlement technique"; de la pertinence de l'article III:4 du GATT de 1994

²⁷⁰ Nous rappelons qu'il n'a pas été contesté devant le Groupe spécial que l'article 907 a) 1) A) était un règlement technique et que les États-Unis n'ont pas fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* (rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.21 et 7.41).

pour interpréter l'article 2.1 de l'*Accord OTC*; et de l'absence, parmi les dispositions de l'*Accord OTC*, d'une disposition prévoyant des exceptions générales semblable à l'article XX du GATT de 1994.

89. Le préambule de l'*Accord OTC* fait partie du contexte de l'article 2.1 et éclaire aussi l'objet et le but de l'Accord. Nous trouvons des indications pour l'interprétation de l'article 2.1, en particulier dans les deuxième, cinquième et sixième considérants du préambule de l'*Accord OTC*.

90. Le deuxième considérant relie l'*Accord OTC* au GATT de 1994. Il dit ceci:

Désireux de favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994;

91. Si ce considérant peut être lu comme donnant à penser que l'*Accord OTC* est un "développement" ou un "pas en avant" par rapport aux disciplines du GATT de 1994²⁷¹, à notre avis, il suggère aussi que les deux accords se chevauchent quant à leur portée et ont des objectifs semblables. Si ce n'était pas vrai, l'*Accord OTC* ne pourrait pas servir à "favoriser la réalisation des objectifs" du GATT de 1994. Le deuxième considérant indique que l'*Accord OTC* développe des disciplines préexistantes du GATT et souligne que les deux accords devraient être interprétés d'une manière cohérente et constante.

92. Le cinquième considérant reflète l'objectif de libéralisation du commerce contenu dans l'*Accord OTC* en exprimant le "désir" que les règlements techniques, les normes techniques et les procédures d'évaluation de la conformité ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce international. Il dit ceci:

Désireux, toutefois, de faire en sorte que les règlements techniques et normes, y compris les prescriptions en matière d'emballage, de marquage et d'étiquetage, et les procédures d'évaluation de la conformité aux règlements techniques et aux normes ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce international;

93. À nos yeux, le cinquième considérant se retrouve dans ces dispositions OTC, qui visent à réduire les obstacles au commerce international et limitent le droit des Membres de réglementer, par exemple en favorisant une discrimination à l'égard des produits importés (article 2.1) ou en exigeant que les règlements techniques ne soient pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime (article 2.2).

94. Toutefois, l'objectif consistant à éviter de créer des obstacles non nécessaires au commerce international au moyen des règlements techniques, des normes techniques et des procédures d'évaluation de la conformité est nuancé dans le sixième considérant par la reconnaissance explicite

²⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.112.

du droit des Membres de réglementer afin de rechercher certains objectifs légitimes. Le sixième considérant dit ceci:

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;

95. Nous lisons le sixième considérant comme contrebalançant l'objectif de libéralisation du commerce exprimé dans le cinquième considérant. Le sixième considérant "reconnaît" le droit des Membres de réglementer par opposition au "désir" d'éviter de créer des obstacles non nécessaires au commerce international, exprimé dans le cinquième considérant. Tandis que le cinquième considérant suggère clairement que le droit des Membres de réglementer n'est pas illimité, le sixième considérant affirme que ce droit existe tout en veillant à ce que les effets de distorsion des échanges de la réglementation soient réduits au minimum. Le sixième considérant donne à penser que le droit des Membres de réglementer ne devrait pas être limité, si les mesures prises sont nécessaires pour réaliser certains objectifs de politique légitimes et, à condition qu'elles ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, soit une restriction déguisée au commerce international, et si elles sont par ailleurs conformes aux dispositions de l'Accord. Ainsi, à ce que nous croyons comprendre, le sixième considérant donne à penser que les Membres ont le droit d'utiliser les règlements techniques dans la quête de leurs objectifs légitimes, pourvu qu'ils le fassent d'une manière impartiale et d'une manière qui soit par ailleurs conforme aux dispositions de l'Accord OTC.

96. L'équilibre établi dans le préambule de l'Accord OTC entre, d'une part, le désir d'éviter de créer des obstacles non nécessaires au commerce international et, d'autre part, la reconnaissance du droit des Membres de réglementer n'est pas, en principe, différent de l'équilibre établi dans le GATT de 1994, où des obligations comme le traitement national visé à l'article III sont nuancées par la disposition de l'article XX concernant les exceptions générales.

97. Nous observons que l'article 2.1 de l'Accord OTC s'applique uniquement pour ce qui concerne les règlements techniques, qui sont définis à l'Annexe 1.1 comme des "[d]ocument[s] qui énonc[ent] 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".²⁷² Les caractéristiques de produits énoncés dans un règlement technique peuvent elles-mêmes être pertinentes pour déterminer si des produits sont similaires au sens de l'article 2.1. Nous considérons donc que, dans le cas des règlements techniques, la mesure elle-même *peut* fournir des éléments qui sont pertinents pour déterminer si des produits sont similaires et si les produits importés ont été soumis à un traitement moins favorable.

98. La définition des règlements techniques comme étant des documents qui énoncent les caractéristiques d'un produit indique que, dans le cadre de l'*Accord OTC*, les mesures qui établissent des distinctions sur la base des caractéristiques des produits sont en principe permises. Cependant, le fait qu'un règlement technique définit les caractéristiques d'un produit en vue de réaliser un objectif de politique légitime ne veut pas dire qu'il puisse le faire en traitant les produits importés moins favorablement que les produits nationaux similaires.

99. Nous notons que les termes dans lesquels est énoncée l'obligation de traitement national à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* ressemblent étroitement à ceux qui sont employés à l'article III:4 du GATT de 1994. La partie pertinente de l'article III:4 du GATT de 1994 est libellée comme suit:

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.

100. Les obligations de traitement national énoncées à l'article 2.1 et à l'article III:4 sont élaborées à partir des mêmes expressions clés, à savoir "produits similaires" et "traitement non moins favorable". Nous notons par ailleurs que les règlements techniques sont en principe soumis non seulement à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, mais aussi à l'obligation de traitement national énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994, en tant que "lois, ... règlements ou ... prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation [des] ... produits sur le marché intérieur". La formulation très semblable des dispositions et le chevauchement de leurs champs d'application en ce qui concerne les règlements techniques confirment que l'article III:4 du GATT de 1994 est un contexte pertinent pour l'interprétation de l'obligation de traitement national énoncée à

²⁷² La deuxième phrase de l'Annexe 1.1 est libellée comme suit: "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.

l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.²⁷³ Nous considérons que, lorsqu'il interprète l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, un groupe spécial devrait porter toute son attention sur le texte de l'article 2.1, lu dans le contexte de l'*Accord OTC*, y compris son préambule, et prendre aussi en considération d'autres éléments contextuels, comme l'article III:4 du GATT de 1994.²⁷⁴

101. Enfin, nous faisons observer que l'*Accord OTC* ne contient pas, parmi ses dispositions, de clause relative à des exceptions générales. Cela peut être comparé au GATT de 1994, qui renferme une clause relative à des exceptions générales à l'article XX.

102. Sans perdre de vue ces observations d'importance générale, nous passons à présent à l'appel des États-Unis concernant les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires et l'article 907 a) 1) A) soumet les cigarettes aux clous de girofle importées d'Indonésie à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes mentholées similaires d'origine nationale, au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

B. *Constatation du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des "produits similaires" au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC*

103. Nous commençons notre analyse en examinant l'interprétation que donne le Groupe spécial du concept de "produits similaires" au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Nous passons ensuite aux allégations des États-Unis selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et application des critères de "similarité" que sont les utilisations finales et les goûts et habitudes des consommateurs, ainsi qu'à leur allégation selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation des goûts et habitudes des consommateurs. Les États-Unis ne font pas appel des constatations du Groupe spécial concernant les caractéristiques physiques et la classification tarifaire des produits.

²⁷³ Nous rappelons que, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté que les termes employés dans une disposition "[devaient] 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" et que le sens attribué aux mêmes termes figurant dans d'autres dispositions du même accord ou dans d'autres accords visés, pouvait aussi être un contexte pertinent. (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 88 et 89)

²⁷⁴ Lorsqu'il a exposé son approche pour interpréter l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, le Groupe spécial a estimé que, "[m]ême 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" et 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". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.103)

1. "Produits similaires" au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC

104. Le Groupe spécial a constaté que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC.²⁷⁵ Il est parvenu à cette conclusion après avoir évalué les critères de "similarité" traditionnels (caractéristiques physiques, utilisations finales, goûts et habitudes des consommateurs et classification tarifaire), "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".²⁷⁶ Avant d'examiner l'appel des États-Unis concernant les constatations spécifiques du Groupe spécial au sujet des critères de "similarité" que sont les utilisations finales et les goûts et habitudes des consommateurs, nous examinons d'abord l'approche suivie par le Groupe spécial dans son interprétation de l'expression "produits similaires" dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

105. Le Groupe spécial a estimé qu'"il n'[était] 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 au titre de l'article III:4 du GATT de 1994" en l'absence de principe général tel que celui qui est exprimé à l'article III:1 du GATT 1994.²⁷⁷ Il a également noté que, malgré la similitude des libellés, l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT de 1994 différaient en ce que le premier s'appliquait uniquement aux règlements techniques, alors que le deuxième s'appliquait à une gamme bien plus large de mesures.²⁷⁸ Il a indiqué que l'article III:4 du GATT de 1994 ne pouvait pas être considéré comme étant le contexte immédiat de l'article 2.1 de l'Accord OTC et a noté que la référence faite par l'Organe d'appel à un "accordéon" de la "similarité" autorisait, et éventuellement prescrivait, des interprétations différentes de l'expression "produits similaires" dans le cadre de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'Accord OTC.²⁷⁹

106. Le Groupe spécial s'est penché sur ce qu'il jugeait être le contexte immédiat de l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC, à savoir l'article 2.1 lui-même et l'Accord OTC dans son ensemble, et l'objet et le but dudit accord tels qu'ils sont exposés dans son préambule. Il a estimé que le fait que l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA était un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC, qui a pour but immédiat de réglementer les cigarettes ayant des arômes caractérisants en vue d'atteindre l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes, devrait avoir "une certaine importance, et peut-être une grande importance", dans la

²⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.248.

²⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.244.

²⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.99.

²⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.106.

²⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.105.

détermination de la question de savoir si les produits en cause étaient similaires.²⁸⁰ Il a également noté que le sixième considérant du préambule de l'*Accord OTC*, qui reconnaît le droit des Membres d'adopter des mesures pour des objectifs légitimes, et l'article 2.2 pourraient 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 1994.²⁸¹

107. Par conséquent, le Groupe spécial a constaté que, dans les circonstances de la présente affaire, l'interprétation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* ne devrait pas être abordée avant tout sous l'angle de la concurrence, mais que les éléments de preuve concernant les critères de "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.²⁸² Ayant développé cette approche interprétative, le Groupe spécial est passé à l'analyse des critères de "similarité" traditionnels, à savoir les caractéristiques physiques des produits, les utilisations finales, les goûts et habitudes des consommateurs et la classification tarifaire. Il a accordé un poids particulier à l'objectif de l'article 907 a) 1) A) relatif à la santé dans son évaluation des caractéristiques physiques des produits et des goûts et habitudes des consommateurs.²⁸³

108. Nous souscrivons à l'avis du Groupe spécial selon lequel l'interprétation de l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* devrait commencer par l'examen du texte de cette disposition, à la lumière du contexte fourni par l'article 2.1 lui-même, par d'autres dispositions de l'*Accord OTC*, et par l'*Accord OTC* dans son ensemble. Nous convenons également que le contexte pertinent comprend le fait que l'article 2.1 s'applique aux règlements techniques, qui sont des documents énonçant les caractéristiques de produits. Par ailleurs, nous notons que le préambule de l'*Accord OTC* reconnaît le droit des Membres de réglementer au moyen de règlements techniques. Comme il est expliqué plus loin, toutefois, nous ne sommes pas convaincus que ces éléments contextuels et l'objet et le but de l'*Accord OTC* donnent à penser que l'interprétation du concept de "produits similaires" énoncé à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* ne peut pas être abordée sous l'angle de la concurrence.

109. Comme nous l'avons fait observer ci-dessus, l'équilibre établi par le préambule de l'*Accord OTC* entre, d'une part, la poursuite de la libéralisation des échanges et, d'autre part, le droit des Membres de réglementer n'est, en principe, pas différent de l'équilibre qui existe entre l'obligation de traitement national énoncée à l'article III et les exceptions générales prévues à l'article XX du

²⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.109.

²⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.114.

²⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119.

²⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119.

GATT de 1994. Le deuxième considérant du préambule relie les deux accords en faisant état du "désir" "de favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994", tandis que la "reconnaissance" du droit d'un Membre de réglementer énoncée au sixième considérant est contrebalancée par le "désir" exprimé au cinquième considérant de faire en sorte que les règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce international. Nous notons cependant que, dans le GATT de 1994, cet équilibre trouve son expression dans la règle du traitement national énoncée à l'article III:4, nuancée par les exceptions prévues à l'article XX, tandis que, dans l'*Accord OTC*, il est reflété dans l'article 2.1 lui-même, lu à la lumière de son contexte et de son objet et son but.

110. Le Groupe spécial a aussi estimé que l'absence d'une disposition du type de l'article III:1 du GATT de 1994 dans l'*Accord OTC* empêcherait de transposer l'approche axée sur la concurrence utilisée dans le GATT pour le concept de similarité dans le cadre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.²⁸⁴ L'article III:1 dispose que les mesures fiscales et réglementaires internes "ne devront pas être appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale". À cet égard, nous faisons observer que, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a estimé que le "principe général" énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994 "vis[ait] 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"".²⁸⁵ Toutefois, l'Organe d'appel n'a pas fondé sa conclusion selon laquelle le concept de "similarité" employé à l'article III:4 concerne "la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits"²⁸⁶ exclusivement sur le "principe général" énoncé à l'article III:1. En fait, il a également précisé qu'"il conv[enait] d'interpréter le terme "similaires" figurant à l'article III:4 comme s'appliquant aux produits entre lesquels existe un ... rapport de concurrence", parce que c'étaient des "produits entre lesquels un rapport de concurrence existe sur le marché [qui] pourraient être affectés par un traitement "moins favorable" pour les *importations* que pour les produits *nationaux*".²⁸⁷

111. Nous convenons que le concept même de "traitement non moins favorable", qui est exprimé dans les mêmes termes à l'article III:4 du GATT de 1994 et à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, éclaire la détermination de la similarité, en laissant à entendre que la similarité porte sur "la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits". De fait, le concept de "traitement non moins favorable" relie les produits au marché, parce que c'est seulement sur le marché

²⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.99.

²⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 98. (italique dans l'original)

²⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

²⁸⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99. (italique dans l'original)

qu'il peut être déterminé comment la mesure traite les produits importés et nationaux similaires. Nous notons toutefois que, pour déterminer la similarité sur la base du rapport de concurrence entre et parmi les produits, un groupe spécial devrait faire abstraction des éventuels effets de distorsion que la mesure en cause peut elle-même avoir sur le rapport de concurrence et réserver l'examen de ces effets à l'analyse relative au traitement moins favorable. Dans de tels cas, un groupe spécial devrait déterminer la nature et l'importance du rapport de concurrence aux fins de la détermination concernant la similarité séparément de la mesure en cause, dans la mesure où celle-ci donne des indications sur les caractéristiques physiques des produits et/ou les préférences des consommateurs.

112. Compte tenu de ce qui précède, nous ne partageons pas l'avis du Groupe spécial selon lequel le texte et le contexte de l'*Accord OTC* étayaient une interprétation du concept de "similarité" employé à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* principalement axée sur les objectifs et buts légitimes du règlement technique, plutôt que sur le rapport de concurrence entre et parmi les produits.

113. De plus, nous observons que les mesures visent souvent une multiplicité d'objectifs qu'il n'est pas toujours facile de discerner à partir du texte ou même de la conception, des principes de base et de la structure de la mesure. Déterminer la similarité sur la base des objectifs de la mesure en matière de réglementation plutôt que du rapport de concurrence des produits nécessiterait d'identifier tous les objectifs pertinents d'une mesure et d'évaluer quels objectifs, parmi les autres, sont pertinents ou devraient prévaloir pour déterminer si les produits sont similaires. Il nous semble qu'il ne serait pas toujours possible pour un plaignant ou pour un groupe spécial d'identifier tous les objectifs d'une mesure et/ou de déterminer lesquels, parmi les objectifs multiples, sont pertinents pour déterminer si deux produits sont similaires, ou non.²⁸⁸

114. L'appel des États-Unis concernant la détermination au sujet des goûts et habitudes des consommateurs faite par le Groupe spécial, que nous examinons plus avant ci-dessous, souligne les difficultés qui se présentent lorsqu'on tente de déterminer la similarité sur la base des buts de la mesure en matière de réglementation plutôt que du rapport de concurrence entre et parmi les produits. Le Groupe spécial s'est appuyé sur l'objectif de la mesure en cause, qu'il a identifié comme étant la réduction du tabagisme chez les jeunes, pour déterminer la similarité des produits.²⁸⁹ Les États-Unis contestent les éléments sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé pour limiter étroitement son examen à l'objectif immédiat de la mesure²⁹⁰ et citent d'autres objectifs de réglementation liés à des

²⁸⁸ Voir le rapport du Groupe spécial *Japon – Boissons alcooliques II*, paragraphe 6.16.

²⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.119.

²⁹⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 60.

considérations sanitaires relatives aux cigarettes fortement consommées pour établir d'autres distinctions entre les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle.²⁹¹

115. Les mesures telles que les règlements techniques peuvent avoir plus d'un objectif. Cependant, il se peut qu'un groupe spécial chargé de déterminer si deux produits sont similaires ne puisse pas parvenir à un résultat cohérent si, pour déterminer la similarité, il doit se fonder sur divers objectifs possibles de la mesure en matière de réglementation. Si un groupe spécial devait axer son examen sur l'un des objectifs d'une mesure à l'exclusion de tous les autres qui sont également importants, il se peut qu'il parvienne à un résultat quelque peu arbitraire lorsqu'il déterminera quels sont les produits similaires en cause, ce qui a des conséquences pour la détermination de la question de savoir si un "traitement moins favorable" a été accordé. De plus, nous notons qu'une approche fondée sur les objectifs pour la détermination de la similarité ne laisse pas nécessairement aux Membres plus d'autonomie en matière de réglementation, parce que, presque invariablement, elle met les groupes spéciaux en situation de devoir déterminer lesquels des divers objectifs prétendument recherchés par les Membres sont plus importants, ou lesquels de ces objectifs devraient prévaloir pour déterminer s'il y a similarité ou traitement moins favorable en cas d'objectifs contradictoires.

116. Mais surtout, nous ne pensons pas que le concept de "produits similaires" énoncé à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* se prête à des distinctions entre les produits fondées sur les objectifs d'une mesure en matière de réglementation. Selon nous, le concept de "produits similaires" sert à définir le champ des produits qui devraient être comparés pour établir si les produits importés sont soumis à un traitement moins favorable. Si des produits qui sont dans un rapport de concurrence suffisamment fort pour être considérés comme similaires sont exclus du groupe des produits similaires sur la base des objectifs d'une mesure en matière de réglementation, ces produits ne seront pas comparés pour établir si les produits importés ont été soumis à un traitement moins favorable. Cela fausserait inévitablement la comparaison relative au traitement moins favorable, étant donné qu'il serait fait référence à un "marché" incluant certains produits similaires mais pas d'autres. Comme nous l'estimons aussi plus loin pour ce qui est de l'appel des États-Unis concernant la constatation de traitement moins favorable faite par le Groupe spécial, les distinctions entre les produits qui ont été jugés similaires sont mieux établies lorsqu'on examine, par la suite, si un traitement moins favorable a été accordé plutôt que lorsqu'on détermine la similarité, parce que cette dernière approche modifierait la portée et le résultat de la comparaison relative au traitement moins favorable.

²⁹¹ Les États-Unis évoquent de "possibles facteurs de santé publique opposés" liés à l'interdiction de cigarettes fortement consommées, comme "une possible recrudescence du nombre de cigarettes en circulation sur le marché noir non réglementé ou des pressions sur le système de soins de santé". (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 61)

117. Néanmoins, en concluant que la détermination de la similarité ne devrait pas être fondée sur les objectifs des règlements techniques en matière de réglementation, nous ne laissons pas entendre que les préoccupations en matière de réglementation qui sont à l'origine des règlements techniques ne peuvent pas jouer un rôle pour déterminer si des produits sont similaires ou non. À cet égard, nous rappelons que, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté que les préoccupations et considérations en matière de réglementation pouvaient jouer un rôle dans l'application de certains des critères de "similarité" (à savoir les caractéristiques physiques et les préférences des consommateurs) et donc dans la détermination de la similarité au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

118. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté que, pour examiner si des produits sont similaires, les groupes spéciaux devaient évaluer tous les éléments de preuve pertinents, y compris les éléments de preuve concernant les risques qu'un produit présente pour la santé, qui constituaient la préoccupation à l'origine de la mesure contestée dans ce différend. Il a constaté que ces éléments de preuve ne seraient pas examinés en tant que critère séparé, mais plutôt dans le cadre des critères de "similarité" traditionnels. En particulier, il a indiqué que les risques qu'un produit présente pour la santé étaient pertinents pour la détermination du rapport de concurrence entre les produits et a examiné les risques pour la santé comme faisant partie des caractéristiques physiques des produits et des goûts et habitudes des consommateurs.²⁹² S'agissant des caractéristiques physiques, l'Organe d'appel a estimé qu'un groupe spécial devrait examiner en détail les propriétés physiques des produits, en particulier celles qui sont de nature à influencer le rapport de concurrence entre les produits sur le marché. Celles-ci comprennent les propriétés physiques qui rendent un produit toxique ou généralement dangereux pour la santé.²⁹³ S'agissant des goûts et habitudes des consommateurs, l'Organe d'appel a constaté que les risques qu'un produit présente pour la santé pouvaient influencer sur les préférences des consommateurs.²⁹⁴

119. De même, nous estimons que les préoccupations en matière de réglementation qui sont à l'origine d'une mesure, telles que les risques pour la santé que présente un produit donné, peuvent être

²⁹² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 113.

²⁹³ L'Organe d'appel a noté qu'une caractéristique des fibres d'amiante chrysotile était que les particules et les filaments microscopiques de ces fibres étaient cancérogènes chez l'être humain lorsqu'ils étaient inhalés. Par conséquent, il a conclu que la carcinogénicité ou toxicité constituait un aspect définissant les propriétés physiques des fibres d'amiante chrysotile, à la différence des fibres d'alcool polyvinylique, de cellulose et de verre, qui ne présentaient pas le même risque pour la santé. (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 114)

²⁹⁴ L'Organe d'appel a constaté que les risques que présentent les fibres d'amiante chrysotile pour la santé influaient sur le comportement tant des fabricants (qui incorporent les fibres à un autre produit) que des consommateurs finals. Il a noté qu'un fabricant ne pouvait pas ne pas tenir compte des préférences des consommateurs finals d'un produit et que, si les risques que présentait un produit donné étaient assez grands, les consommateurs finals pouvaient tout simplement cesser d'acheter ce produit. (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 122)

pertinentes pour une analyse des critères de "similarité" dans le cadre de l'article III:4 du GATT de 1994 ainsi que de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, dans la mesure où elles ont une incidence sur le rapport de concurrence entre et parmi les produits considérés.

120. L'interprétation du concept de "similarité" énoncé à l'article 2.1 doit être fondée sur le texte de cette disposition, lue dans le contexte de l'*Accord OTC* et de l'article III:4 du GATT de 1994, qui contient également une obligation de traitement national semblablement libellée qui s'applique aux lois, règlements et prescriptions, y compris les règlements techniques. À la lumière de ce contexte et de l'objet et du but de l'*Accord OTC*, tels qu'ils sont exprimés dans son préambule, nous estimons que la détermination de la similarité dans le cadre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, comme dans celui de l'article III:4 du GATT de 1994, est une détermination concernant la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits en cause. Dans la mesure où elles sont pertinentes pour l'examen de certains critères de similarité et sont reflétées dans le rapport de concurrence des produits, les préoccupations en matière de réglementation à l'origine des règlements techniques peuvent jouer un rôle dans la détermination de la similarité.

121. Gardant cette approche interprétative à l'esprit, nous passons à présent aux allégations des États-Unis selon lesquelles le Groupe spécial a commis des erreurs dans ses évaluations des utilisations finales des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées et des goûts et habitudes des consommateurs de cigarettes aux clous de girofle et de cigarettes mentholées, ainsi qu'à l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son évaluation des goûts et habitudes des consommateurs. Nous commençons par examiner la constatation du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont la même utilisation finale.

2. Utilisations finales

122. Dans son examen des utilisations finales des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées, le Groupe spécial a constaté que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées avaient la même utilisation finale, c'est-à-dire "être fumées"²⁹⁵, et n'a pas souscrit à l'avis des États-Unis selon lequel les utilisations finales d'une cigarette incluent le fait de "satisfaire une dépendance à la nicotine" et de "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée". Le Groupe spécial a estimé que les utilisations finales présentées par les États-Unis avaient trait aux raisons pour lesquelles les gens fument, mais que cela ne signifiait pas que

²⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.199.

les cigarettes avaient plusieurs utilisations finales.²⁹⁶ En particulier, il a estimé que les observations des États-Unis sur l'attrait des arômes pour certains fumeurs avaient trait plus justement aux goûts et habitudes des consommateurs qu'à l'utilisation finale.²⁹⁷

123. Les États-Unis allèguent qu'un groupe spécial, lorsqu'il procède à l'analyse d'une utilisation finale, doit prendre en compte les différentes utilisations des produits et pas seulement l'utilisation qui est un "dénominateur commun" des produits en question.²⁹⁸ Selon eux, il n'est pas contesté que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont utilisées pour fumer, mais le Groupe spécial a indûment limité son analyse au seul examen de cette utilisation commune aux produits, en ne tenant pas compte d'autres utilisations finales pertinentes. Les États-Unis affirment que les cigarettes mentholées sont consommées pour "satisfaire la dépendance à la nicotine de millions de fumeurs aux États-Unis", tandis que les cigarettes aux clous de girofle sont principalement consommées "à titre d'expérience et dans des contextes sociaux particuliers" et ne sont généralement pas fumées pour satisfaire une dépendance à la nicotine sur le marché des États-Unis.²⁹⁹

124. L'Indonésie répond que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que l'utilisation finale des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées était d'"être fumées". De plus, de l'avis de l'Indonésie, même à supposer pour les besoins de l'argumentation que les utilisations finales avancées par les États-Unis soient des utilisations pertinentes, les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve montrant que tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées ne *pouvaient* pas avoir les utilisations finales consistant à satisfaire une dépendance à la nicotine et à procurer une expérience agréable.³⁰⁰

125. Nous faisons observer que les utilisations finales décrivent les fonctions possibles d'un produit, tandis que les goûts et habitudes des consommateurs rendent compte de l'évaluation de ces fonctions par les consommateurs. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a décrit les utilisations finales comme étant "la mesure dans laquelle des produits *peuvent* remplir des fonctions [] identiques ou semblables" et les goûts et habitudes des consommateurs comme étant "la mesure dans laquelle les consommateurs sont disposés à utiliser les produits pour remplir ces fonctions".³⁰¹ Le fait qu'un produit n'est pas principalement utilisé pour remplir une certaine fonction n'exclut pas qu'il *puisse* néanmoins remplir cette fonction.

²⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.198.

²⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.197.

²⁹⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 45.

²⁹⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 46.

³⁰⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 73.

³⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117. (pas d'italique dans l'original)

126. L'Organe d'appel a également estimé que, même si chaque critère se rapportait en principe à un aspect différent des produits considérés, qui devrait être examiné séparément, les différents critères étaient "interdépendants"³⁰² et "ne s'exclu[aient] pas mutuellement", de sorte que certains éléments de preuve pouvaient bien relever de plus d'un critère.³⁰³ Par conséquent, selon nous, le fait que les consommateurs fument pour satisfaire une dépendance ou le fait qu'ils fument pour le plaisir sont l'un comme l'autre pertinents pour l'examen tant des utilisations finales que des goûts et habitudes des consommateurs, bien que différents aspects soient traités dans l'analyse de ces deux critères de "similarité" séparés.

127. Nous ne pensons pas qu'il soit juste de qualifier le fait de "satisfaire une dépendance à la nicotine" et le fait de "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée" de goûts et habitudes des consommateurs et non d'utilisations finales. Dans la mesure où ils décrivent des fonctions possibles des produits, plutôt que l'évaluation de ces fonctions par les consommateurs, ils représentent, en fait, différentes utilisations finales du produit en cause, plutôt que les goûts et habitudes des consommateurs. Les goûts et habitudes des consommateurs devraient indiquer dans quelle mesure les consommateurs sont disposés à substituer les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées pour "satisfaire une dépendance à la nicotine" et/ou se "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée".

128. Nous rappelons également que, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial n'avait pas donné une idée complète des diverses utilisations finales des différentes fibres en cause, parce que son analyse était fondée sur une "faible partie [des] applications" pour lesquelles les produits étaient substituables, et parce qu'il n'avait pas examiné les autres utilisations finales différentes des produits. L'Organe d'appel a noté que c'était seulement en se faisant une idée complète des diverses utilisations finales d'un produit qu'un groupe spécial pouvait évaluer l'importance du fait que des produits partagent un nombre limité d'utilisations finales.³⁰⁴

129. Une analyse de l'utilisation finale devrait être suffisamment détaillée et spécifique pour donner de véritables indications sur le point de savoir si les produits en question sont des produits similaires. Il n'est pas contesté que les cigarettes aux clous de girofle comme les cigarettes mentholées sont destinées à "être fumées". Cependant, les termes "être fumées" ne décrivent pas complètement les fonctions des cigarettes. Par conséquent, constater, comme le Groupe spécial l'a

³⁰² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

³⁰³ Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 131. Dans ce différend, l'Organe d'appel a estimé que des facteurs tels que la perceptibilité des différences entre les produits et la présentation et l'étiquetage des produits concernaient tant les caractéristiques physiques que les goûts et habitudes des consommateurs. (*Ibid.*, paragraphes 128 et 132)

³⁰⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 119.

fait, que l'utilisation finale des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées est d'"être fumées" ne fournit pas, à notre avis, suffisamment d'indications sur la question de savoir si ces produits sont des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Les cigares, le tabac en vrac et les herbes ont la même utilisation finale, à savoir être "fumés", mais cela ne donne guère d'indications sur le point de savoir si tous ces produits son similaires.³⁰⁵

130. Selon nous, le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse des utilisations finales des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées suffisamment détaillée et spécifique pour donner des indications significatives concernant la similarité de ces produits. Nous convenons avec les États-Unis qu'il existe des permutations et fonctions plus spécifiques du fait de "fumer" qui sont pertinentes pour les utilisations finales des cigarettes, telles que "satisfaire une dépendance à la nicotine" et "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée". Le Groupe spécial aurait dû tenir compte de ces permutations et fonctions dans son évaluation de la question de savoir si les produits en cause étaient similaires. Toutefois, nous notons également l'argument de l'Indonésie selon lequel, même à supposer que les utilisations finales avancées par les États-Unis aient été des "utilisations finales légitimes", les États-Unis n'ont pas montré que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ne *pouvaient* pas remplir les fonctions consistant à "satisfaire une dépendance à la nicotine" et "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée".³⁰⁶

131. Les États-Unis font valoir en appel que les cigarettes mentholées sont utilisées pour satisfaire la dépendance à la nicotine de millions de fumeurs aux États-Unis, tandis que les cigarettes aux clous de girofle sont principalement consommées à titre d'expérience et dans des contextes sociaux particuliers et ne sont généralement pas consommées pour satisfaire une dépendance. Cependant, le Groupe spécial a constaté que "tant les cigarettes mentholées que les cigarettes aux clous de girofle attir[aient] 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".³⁰⁷ Les deux types de cigarettes peuvent remplir une fonction sociale/d'expérience et ont donc en commun l'utilisation finale consistant à "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée". En même temps, tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées peuvent remplir la fonction de "satisfaire

³⁰⁵ De même, affirmer que l'utilisation finale des boissons alcooliques est d'"être bues" ne permettrait pas de distinguer les boissons alcooliques de l'eau, du lait ou du jus d'orange qui sont également bus. En revanche, dans l'affaire *Philippines – Spiritueux distillés*, l'utilisation finale spécifique des boissons alcooliques a été décrite comme étant "l'étanchement de la soif, la socialisation, la détente, l'ivresse agréable". (Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 171 (citant les rapports du Groupe spécial *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 7.81)).

³⁰⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 73.

³⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.231.

une dépendance à la nicotine", étant donné que les deux types de cigarettes contiennent de la nicotine, dont le caractère dépendogène est scientifiquement prouvé.³⁰⁸ Le fait que plus de "personnes présentant une dépendance" fument des cigarettes mentholées que des cigarettes aux clous de girofle ne signifie pas que les cigarettes aux clous de girofle ne peuvent pas être fumées pour "satisfaire une dépendance à la nicotine". Comme nous l'avons fait observer plus haut, ce qui compte pour déterminer une utilisation finale d'un produit, c'est que le produit *puisse* avoir cette utilisation, et non que celle-ci représente l'utilisation finale principale ou la plus courante de ce produit.

132. Compte tenu de ce qui précède, nous ne souscrivons pas à l'avis du Groupe spécial selon lequel l'utilisation finale des cigarettes est simplement d'"être fumées" et convenons avec les États-Unis qu'il existe d'autres utilisations finales plus spécifiques des cigarettes, telles que "satisfaire une dépendance à la nicotine" et "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée". Nous estimons toutefois que, sur la base des constatations du Groupe spécial susmentionnées, il peut être conclu que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont en commun les "utilisations finales" consistant à "satisfaire une dépendance à la nicotine" et à "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée". En conséquence, nous estimons que les utilisations finales plus spécifiques des produits avancées par les États-Unis étayaient également la constatation générale du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires.

3. Goûts et habitudes des consommateurs

133. Dans son examen des goûts et habitudes des consommateurs concernant les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, le Groupe spécial a indiqué que l'objectif légitime de l'article 907 a) 1) A) de la FFDCa, à savoir réduire le tabagisme chez les jeunes, délimitait le champ des consommateurs dont les goûts et habitudes devraient être examinés dans le cadre de ce critère.³⁰⁹ En conséquence, il a estimé 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 comprenait les jeunes fumeurs et ceux qui étaient prêts à devenir fumeurs (consommateurs potentiels).³¹⁰ Il a constaté que les éléments de preuve présentés par les parties montraient que tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées, en raison de leurs arômes caractérisants qui contribuent à masquer l'âpreté du tabac, attiraient les jeunes et constituaient pour eux de meilleurs vecteurs

³⁰⁸ Dans leur réponse à la question n° 37 du Groupe spécial, les États-Unis notent que, "[s]'agissant des effets dépendogènes des cigarettes ordinaires, des cigarettes mentholées et des cigarettes aux clous de girofle, tous ces produits contiennent de la nicotine et sont donc dépendogènes". (réponse des États-Unis à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphe 85)

³⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.206.

³¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.214.

d'initiation que les cigarettes ordinaires.³¹¹ Le Groupe spécial a donc conclu que, du point de vue des consommateurs concernés en l'espèce, les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes aromatisées aux clous de girofle étaient "semblables pour ce qui est de commencer à fumer".³¹²

134. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en prenant en compte les goûts et habitudes uniquement des jeunes fumeurs et des jeunes fumeurs potentiels, et non pas des fumeurs adultes actuels. Ils notent que l'article 907 a) 1) A) établit des distinctions réglementaires entre les cigarettes, sur la base non seulement de l'attrait qu'elles présentent pour les jeunes fumeurs et les fumeurs potentiels, mais aussi de leur consommation par les fumeurs adultes actuels.³¹³ Ils font valoir que rien dans le texte de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* ne justifie que le Groupe spécial ait limité les distinctions en matière de santé publique établies dans le cadre de la mesure qu'il a pris en considération en fonction de ce qu'il estimait être l'objectif immédiat de la mesure.³¹⁴

135. Les États-Unis soutiennent qu'une analyse concernant les produits similaires au titre de l'article 2.1 doit prendre en compte les distinctions réglementaires établies dans le cadre de la mesure en cause, qui ne se limitent pas à l'objectif immédiat ou premier d'une mesure, mais qui reflètent souvent une mise en balance d'autres considérations pertinentes pour le bien-être public. En particulier, ils font valoir que, même si l'objectif premier ou immédiat de l'article 907 a) 1) A) est de réduire le tabagisme chez les jeunes, la mesure a été élaborée sur la base d'une prise en considération des avantages, des risques et des conséquences pour la santé de la population dans son ensemble, y compris les possibles conséquences négatives de l'interdiction d'un type de cigarettes, tel que les cigarettes mentholées, à l'égard desquelles des millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants.³¹⁵

136. Nous n'avons pas souscrit à l'approche suivie par le Groupe spécial pour interpréter le concept de "similarité" employé à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, en se fondant sur les objectifs de la mesure en matière de réglementation plutôt que sur le rapport de concurrence entre et parmi les produits.³¹⁶ En particulier, nous avons fait observer que le contexte de l'*Accord OTC* ainsi que son objet et son but ne donnaient pas à penser que les objectifs d'un règlement technique en matière de réglementation devraient jouer un rôle qui soit séparé de la détermination d'un rapport de concurrence entre et parmi

³¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.231.

³¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.232.

³¹³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 54.

³¹⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 60.

³¹⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 62. Les États-Unis évoquent en particulier une "possible recrudescence du nombre de cigarettes en circulation sur le marché noir non réglementé ou des pressions sur le système de soins de santé". (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 61)

³¹⁶ Section V.B.1 du présent rapport.

des produits. Nous avons également noté que déterminer la similarité principalement à la lumière des objectifs de la mesure en matière de réglementation était encore compliqué par le fait que les mesures, y compris les règlements techniques, ont souvent des objectifs multiples. En revanche, nous avons estimé que la détermination de la similarité dans le cadre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* était une détermination concernant la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi des produits et que les préoccupations en matière de réglementation à l'origine d'une mesure pouvaient être prises en considération dans la mesure où elles ont une incidence sur le rapport de concurrence.³¹⁷

137. Compte tenu de ce qui précède, nous estimons également que le Groupe spécial a eu tort de limiter son analyse des goûts et habitudes des consommateurs aux consommateurs (jeunes fumeurs et jeunes fumeurs potentiels) visés par l'objectif du règlement (réduire le tabagisme chez les jeunes). Dans une analyse de la similarité fondée sur le rapport de concurrence entre les produits, c'est le marché qui définit le champ des consommateurs dont les préférences sont pertinentes. La proportion de jeunes et d'adultes qui fument différents types de cigarettes peut varier, mais les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires sont fumées tant par les jeunes fumeurs que par les fumeurs adultes. Pour évaluer le degré de substituabilité de ces produits, le Groupe spécial aurait dû analyser les goûts et habitudes de tous les consommateurs pertinents des produits en cause, et pas seulement des principaux consommateurs de cigarettes aux clous de girofle et de cigarettes mentholées, en particulier puisqu'il est clair qu'une importante proportion de fumeurs de cigarettes mentholées sont des consommateurs adultes.

138. De plus, sans examiner à ce stade la validité des autres objectifs du règlement mis en avant par les États-Unis, l'approche suivie par le Groupe spécial ne tient pas compte du fait que le règlement technique en cause peut avoir d'autres objectifs qui concernent d'autres consommateurs effectifs et potentiels des produits en cause. Par conséquent, nous ne souscrivons pas à l'avis du Groupe spécial selon lequel l'objectif légitime de l'article 907 a) 1) A), à savoir réduire le tabagisme chez les jeunes, limite le champ des consommateurs dont les goûts et habitudes devraient être examinés aux jeunes fumeurs et aux jeunes fumeurs potentiels.³¹⁸

139. Ayant déterminé que le Groupe spécial avait eu tort de limiter son analyse des goûts et habitudes des consommateurs aux jeunes fumeurs et aux jeunes fumeurs potentiels, nous examinons maintenant si le fait que le Groupe spécial n'a pas évalué les goûts et habitudes des consommateurs adultes actuels de cigarettes mentholées affaiblit l'affirmation selon laquelle il existe un degré de

³¹⁷ Voir *supra*, le paragraphe 119.

³¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.206.

substituabilité suffisant entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées pour étayer une constatation générale de similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

140. Les États-Unis allèguent que "[l]es éléments de preuve permettant de comparer les goûts et habitudes des jeunes fumeurs potentiels et les goûts et habitudes des fumeurs plus âgés confirmés sont directement pertinents pour la question des goûts et habitudes des consommateurs", parce que les cigarettes aux clous de girofle sont fumées d'une manière disproportionnée par les jeunes, tandis que les cigarettes mentholées sont fumées par les jeunes et les adultes suivant une répartition plus uniforme. En conséquence, les États-Unis font valoir que les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque unique pour les jeunes fumeurs non initiés et n'ont guère ou pas d'impact sur les adultes, alors que les cigarettes mentholées présentent un risque pour les jeunes fumeurs non initiés, mais ont aussi un impact considérable sur les adultes.³¹⁹

141. L'Indonésie fait observer que les États-Unis n'ont pas présenté d'éléments de preuve montrant que les consommateurs, qu'ils soient adultes ou jeunes, ne seraient pas prêts à substituer les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées les unes aux autres pour l'utilisation finale, qui est de fumer. Elle fait valoir que les États-Unis ont tort de présumer que les goûts et habitudes des consommateurs doivent être identiques pour être similaires, compte tenu du fait que l'Organe d'appel a constaté que les produits qui étaient presque parfaitement substituables pouvaient être des produits similaires. Elle soutient qu'il existe dans le dossier des éléments de preuve suffisants pour étayer le fait que les jeunes fumeurs et les jeunes qui ne fument pas encore considèrent les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées "comme au moins presque substituables".³²⁰

142. Nous pensons que, pour déterminer si des produits sont similaires au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, il n'est pas nécessaire de démontrer que les produits sont substituables pour tous les consommateurs ou qu'ils sont réellement en concurrence sur la totalité du marché. En fait, si les produits sont hautement substituables pour certains consommateurs mais pas pour d'autres, cela peut aussi étayer une constatation selon laquelle les produits sont similaires. Dans l'affaire *Philippines – Spiritueux distillés*, l'Organe d'appel a estimé que le critère des produits "directement concurrents ou directement substituables" au sens de la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 était rempli même si la concurrence n'avait pas lieu sur l'ensemble du marché mais était limitée à un segment de celui-ci. L'Organe d'appel a constaté qu'"il était raisonnable que le Groupe spécial infère, de l'argument des Philippines selon lequel les spiritueux distillés importés n'étaient accessibles qu'à un "segment étroit" de leur population, qu'il existait une concurrence réelle entre les spiritueux distillés

³¹⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 55.

³²⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 82 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 149).

importés et les spiritueux distillés nationaux au moins dans le segment du marché dont les Philippines admettaient qu'il avait accès à la fois aux spiritueux distillés importés et aux spiritueux distillés nationaux".³²¹ Dans ce même différend, l'Organe d'appel a constaté que la deuxième phrase de l'article III:2 n'exigeait pas que la concurrence soit évaluée par rapport au segment du marché qui est le plus représentatif de "l'ensemble du marché" et que l'article III du GATT de 1994 "ne prot[égeait] pas seulement *quelques* cas ou *la plupart des* cas, mais prot[égeait] en fait *tous* les cas de concurrence directe".³²²

143. Même si la constatation de l'Organe d'appel dans l'affaire *Philippines – Spiritueux distillés* concernait la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994, nous considérons cette interprétation des "produits directement concurrents ou directement substituables" comme pertinente pour le concept de "similarité" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 et à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, puisque la similarité dans ces deux dispositions est déterminée sur la base du rapport de concurrence entre et parmi des produits.³²³ Selon nous, l'idée que la concurrence réelle ne doit pas nécessairement avoir lieu sur l'ensemble du marché mais peut être limitée à un segment du marché est distincte de la question du degré de concurrence exigé pour satisfaire aux critères des "produits directement concurrents ou directement substituables" et des "produits similaires".

144. L'examen des goûts et habitudes des consommateurs par le Groupe spécial était limité. En même temps, le simple fait que les cigarettes aux clous de girofle sont fumées d'une manière disproportionnée par les jeunes, tandis que les cigarettes mentholées sont fumées par les jeunes fumeurs et les fumeurs adultes suivant une répartition plus uniforme, n'a pas nécessairement d'incidence sur le degré de substituabilité entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées. Le Groupe spécial a constaté que, du point de vue des jeunes fumeurs et des jeunes fumeurs potentiels, les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont semblables pour ce qui est de commencer à fumer.³²⁴ À ce que nous croyons comprendre, il s'agit d'une constatation selon laquelle les jeunes fumeurs et les jeunes fumeurs potentiels perçoivent les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées comme suffisamment substituables. Cela est suffisant pour étayer la constatation du Groupe spécial selon laquelle ces produits sont similaires au

³²¹ Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 220.

³²² Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 221 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphe 7.43). (italique dans l'original)

³²³ Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel, sans définir la portée précise du concept de "produits similaires" figurant à l'article III:4, a constaté que l'article III:4 s'appliquait aux produits entre lesquels existe un rapport de concurrence et que "la portée du terme "similaires" figurant à l'article III:4 [était] plus vaste que celle du même terme utilisé dans la première phrase de l'article III:2". (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99).

³²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.232.

sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, même si le degré de substituabilité est le même pour tous les fumeurs adultes.

145. Compte tenu de ce qui précède, nous pensons que, même si le Groupe spécial n'aurait pas dû limiter son analyse des goûts et habitudes des consommateurs aux jeunes fumeurs et aux jeunes fumeurs potentiels, à l'exclusion des fumeurs adultes actuels, cela n'affaiblit pas sa constatation concernant les goûts et habitudes des consommateurs ni sa constatation finale de similarité. Cela tient au fait que le degré de concurrence et de substituabilité que le Groupe spécial a constaté pour les jeunes fumeurs et les jeunes fumeurs potentiels est suffisamment élevé pour étayer une constatation de similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

146. Enfin, nous passons à l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il est parvenu à la conclusion selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont semblablement perçues par les consommateurs concernés en l'espèce, et qu'il n'avait pas tenu compte d'éléments de preuve très importants sur la manière dont les consommateurs utilisent et perçoivent réellement les produits en cause sur le marché pertinent.³²⁵

147. Les États-Unis soulignent que les cigarettes aux clous de girofle sont fumées d'une manière disproportionnée par les jeunes fumeurs débutants tandis que les cigarettes mentholées sont fumées par les jeunes et les adultes suivant une répartition plus uniforme. Ils rappellent que les deux parties ont présenté des éléments de preuve – en particulier une série d'enquêtes – visant à donner des éclaircissements sur les goûts et habitudes des consommateurs aux États-Unis en ce qui concerne les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées. Cependant, ils font valoir que le Groupe spécial n'a pas tenu compte de ces éléments de preuve après avoir conclu à tort qu'il ne pouvait pas "[s]'appuyer sur les renseignements fournis" dans les enquêtes étant donné que ces renseignements n'étaient "pas directement comparables".³²⁶ Les États-Unis estiment que les données tirées des enquêtes présentées au Groupe spécial étaient "directement pertinentes pour la question" dont il était saisi parce qu'elles fournissaient des éléments de preuve indiquant comment les consommateurs et les consommateurs potentiels "consommaient et percevaient différentes cigarettes *aux États-Unis*"³²⁷, c'est-à-dire le marché pertinent. Les États-Unis font également valoir que, n'ayant pas tenu compte de ces éléments de preuve, le Groupe spécial a entrepris de fonder ses conclusions "entièrement sur des

³²⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 64.

³²⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 66 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.210).

³²⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 67. (italique dans l'original)

suppositions et des conjectures", sans aucun élément de preuve à l'appui en ce qui concerne la manière dont les consommateurs du marché pertinent consomment effectivement les cigarettes en cause.³²⁸

148. L'Indonésie répond que, étant donné que les paramètres de recherche variaient d'une enquête à l'autre, le Groupe spécial a conclu à juste titre que les données tirées des enquêtes ne donnaient pas d'indications claires sur les "goûts et habitudes des consommateurs". D'après elle, l'approche du Groupe spécial concernant ces éléments de preuve "ne consiste absolument pas à les exclure *a priori*".³²⁹ En fait, le Groupe spécial "a clairement exposé les difficultés qu'il avait rencontrées pour comparer les données tirées des enquêtes"³³⁰ et n'a simplement pas accordé le même poids aux éléments de preuve que les États-Unis. L'Indonésie fait également valoir que le Groupe spécial a identifié et utilisé des éléments de preuve montrant que tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées étaient des cigarettes "d'apprentissage" ou "de débutant" qui attirent les jeunes.³³¹ Sur la base de ces éléments de preuve versés au dossier, le Groupe spécial a constaté à juste titre que "toutes ces cigarettes aromatisées [étaient] perçues comme des vecteurs d'initiation à la cigarette".³³²

149. Nous faisons observer que l'article 11 du Mémorandum d'accord oblige un groupe spécial à procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause. Ainsi, l'article 11 dispose qu'un groupe spécial doit "examiner tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés, évaluer leur crédibilité, déterminer leur poids et s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur ces éléments de preuve".³³³ De plus, les groupes spéciaux "ne sont pas tenus d'attribuer aux éléments probants factuels des parties le même sens et le même poids que ce qu'elles leur donnent".³³⁴ À cet égard, l'Organe d'appel n'"empiéter[a] [pas] à la légère" sur le pouvoir du groupe spécial en matière d'établissement des faits, et il ne "fonder[a] [pas] une constatation d'incompatibilité au titre de l'article 11 simplement sur la conclusion [qu'il] aur[ait] pu aboutir à une constatation de fait différente".³³⁵ En fait, pour qu'une allégation au titre de l'article 11 soit admise, l'Organe d'appel doit être convaincu que le Groupe spécial a outrepassé son pouvoir en tant que juge initial des faits. En tant que juge initial des faits, un groupe spécial doit

³²⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 68.

³²⁹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 106.

³³⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 115.

³³¹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 111.

³³² Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 113 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.231).

³³³ Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 135 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 132 et 133).

³³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 267.

³³⁵ Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 136 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151).

fournir "des explications motivées et adéquates et un raisonnement cohérent"³³⁶, doit fonder sa constatation sur une base d'éléments de preuve suffisante³³⁷ et doit traiter les éléments de preuve avec "équité".³³⁸ De plus, un participant alléguant qu'un groupe spécial n'a pas pris en compte certains éléments de preuve doit expliquer pourquoi les éléments de preuve sont si importants pour son argumentation que le fait que le Groupe spécial ne les a pas examinés a une incidence sur l'objectivité de son évaluation factuelle.³³⁹

150. Tant les États-Unis que l'Indonésie se sont appuyés sur une série d'enquêtes concernant les habitudes tabagiques aux États-Unis pour étayer leurs arguments respectifs.³⁴⁰ Le Groupe spécial a toutefois observé que ces enquêtes "n'empl[oyaient] pas les mêmes paramètres de recherche"³⁴¹; en fait, elles "étudi[aient] des groupes d'âge différents", "pos[aient] des questions différentes" et "se fond[aient] sur des approches méthodologiques différentes".³⁴² Par conséquent, d'après le Groupe spécial, les renseignements figurant dans les différentes enquêtes n'étaient "pas directement comparables". Sur cette base, le Groupe spécial est parvenu à la conclusion qu'il ne pouvait pas "[s']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"³⁴³, et que "les éléments de preuve relatifs aux préférences des consommateurs présentés par les parties ne [pouvaient] pas fournir d'indications claires" en ce qui concerne le point de savoir si les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont substituables du point de vue des jeunes fumeurs et les jeunes fumeurs potentiels.³⁴⁴

³³⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, note de bas de page 618 relative au paragraphe 293.

³³⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 148.

³³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 292.

³³⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

³⁴⁰ L'Indonésie s'est appuyée sur les quatre enquêtes suivantes: i) National Survey on Drug Use and Health 2006-2008; ii) Western Watts Survey (2009); iii) Monitoring the Future Survey (2009); et iv) une enquête téléphonique réalisée par la Opinion Research Corporation (2010) (rapport du Groupe spécial, note de bas de page 426 relative au paragraphe 7.210 (faisant référence à National Survey on Drug Use and Health 2006-2008, "Essential Facts About Clove Cigarettes" (Panel Exhibit IND-3); à Western Watts Data Collection, "Clove Cigarettes Attitude, Awareness and Usage Survey", 16-19 février 2009 (pièce IND-26 présentée au Groupe spécial); à L.D. Johnston *et coll.*, "Smoking continues gradual decline among U.S. teens, smokeless tobacco threatens a comeback," *University of Michigan News Service*, 14 décembre 2009 (pièce IND-33 présentée au Groupe spécial); et à Opinion Research Corporation, Teen CARAVAN Study No. 719381, 23-26 septembre 2010 (pièce IND-34 présentée au Groupe spécial))). Les États-Unis ont fondé leurs arguments sur deux enquêtes: i) National Survey on Drug Use and Health (2002 et 2003); et ii) National Youth Tobacco Survey. (Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 426 relative au paragraphe 7.210 (faisant référence à FDA Survey Assessment, "Patterns of Use Among Menthol, Clove, and Other Flavored Cigarettes (pièce US-53 présentée au Groupe spécial))).

³⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.210.

³⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.210.

³⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.210.

³⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.209.

151. Nous reconnaissons qu'il puisse être difficile d'extraire des renseignements valables d'enquêtes qui diffèrent beaucoup en termes de paramètres de recherche. De même, nous ne laissons pas entendre que les groupes spéciaux doivent toujours être en mesure d'entreprendre des exercices statistiques complexes pour aplanir des divergences entre les données qui, au final, ne peuvent pas l'être. Toutefois, le fait que les éléments de preuve utilisés par les parties peuvent être difficiles à comparer ne peut pas dispenser le groupe spécial de les examiner. Un groupe spécial a l'obligation d'"examiner tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés"³⁴⁵, et il devrait au moins tenter d'extraire les renseignements potentiellement pertinents qu'ils contiennent. Ce n'est qu'après un tel examen qu'un groupe spécial pourrait être en mesure de fournir "des explications motivées et adéquates"³⁴⁶ sur les raisons pour lesquelles il ne peut pas ou choisit de ne pas utiliser des éléments de preuve spécifiques présentés par les parties. Selon nous, un groupe spécial ne peut pas déterminer *a priori* que certains éléments de preuve ne sont pas utilisables aux fins de son analyse uniquement sur la base d'une différence dans les paramètres et la méthodologie utilisés.

152. Nous rappelons toutefois que toute erreur commise par un groupe spécial, selon les allégations, ne constitue pas une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord. Un participant alléguant qu'un groupe spécial n'a pas tenu compte de certains éléments de preuve doit expliquer pourquoi ces éléments de preuve sont si importants pour son argumentation que le fait que le Groupe spécial ne les a pas examinés a une incidence sur l'objectivité de son évaluation factuelle.³⁴⁷ À cet égard, les États-Unis estiment que, parce que le Groupe spécial n'a pas examiné les éléments de preuve relatifs aux goûts et habitudes des consommateurs, sa constatation concernant ce critère "était fondamentalement viciée".³⁴⁸ De l'avis des États-Unis, les données provenant des enquêtes présentées par les parties "montrent que les consommateurs et les consommateurs potentiels utilisent et perçoivent les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées différemment – même si les unes comme les autres sont des cigarettes ayant des arômes caractérisants qui attirent les jeunes".³⁴⁹

153. Précédemment, nous avons estimé, en ce qui concerne l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans l'application du critère des goûts et habitudes des consommateurs, que, même si le Groupe spécial n'aurait pas dû limiter son analyse aux jeunes

³⁴⁵ Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 135 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 132 et 133).

³⁴⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21.5 – Brésil)*, note de bas de page 618 relative au paragraphe 293.

³⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

³⁴⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 68.

³⁴⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 69.

consommateurs et aux jeunes consommateurs potentiels, en excluant les consommateurs adultes actuels, cela n'a pas influé sur sa constatation selon laquelle il existe une substituabilité suffisante entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées pour étayer sa constatation générale selon laquelle les produits sont similaires. Les constatations du Groupe spécial montrent que, bien que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ne soient pas en concurrence sur l'ensemble du marché, ces produits sont substituables pour les jeunes consommateurs et les jeunes consommateurs potentiels.

154. Par conséquent, à notre avis, le fait que le Groupe spécial n'a pas utilisé des éléments de preuve démontrant que les cigarettes aux clous de girofle étaient fumées d'une manière disproportionnée par les jeunes tandis que les cigarettes mentholées étaient fumées tant par les jeunes que par les adultes, n'a pas de conséquences importantes pour sa constatation concernant les goûts et habitudes des consommateurs. En effet, le Groupe spécial a constaté qu'il existait un degré de substituabilité suffisant, au moins sur certains segments du marché, entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées pour étayer une constatation de similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

155. Pour résumer, nous ne sommes pas convaincus que les raisons avancées par le Groupe spécial pour ne pas avoir utilisé les enquêtes présentées par les parties justifient le traitement superficiel qu'il leur a réservé. Même si ces éléments de preuve n'étaient pas directement comparables ou étaient fondés sur des approches méthodologiques différentes, le Groupe spécial était tenu de les examiner et d'en extraire les renseignements pertinents qu'ils contenaient. Il n'a pas fourni d'explication adéquate concernant les raisons pour lesquelles ce n'était pas possible. Néanmoins, selon nous, l'erreur du Groupe spécial ne constitue pas une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord, étant donné que les éléments de preuve qu'il n'a pas examinés n'ont pas de conséquences importantes pour sa constatation selon laquelle les goûts et habitudes des consommateurs indiquent que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont suffisamment substituables sur certains segments du marché, et n'affaiblissent donc pas la constatation du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

4. Conclusion concernant les "produits similaires"

156. Nous n'avons pas souscrit à l'interprétation que donne le Groupe spécial du concept de "produits similaires" énoncé à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, qui est axée sur les buts du règlement technique en cause, en tant qu'éléments distincts du rapport de concurrence entre et parmi les produits. En revanche, nous avons conclu que le contexte fourni par l'article 2.1 lui-même, par d'autres

dispositions de l'*Accord OTC*, par l'*Accord OTC* dans son ensemble et par l'article III:4 du GATT de 1994, ainsi que l'objet et le but de l'*Accord OTC*, étaient une interprétation du concept de "similarité" employé à l'article 2.1 fondée sur le rapport de concurrence entre et parmi les produits et prenant en compte les préoccupations en matière de réglementation à l'origine d'un règlement technique, dans la mesure où elles sont pertinentes pour l'examen de certains critères de similarité et sont reflétées dans le rapport de concurrence de ces produits.

157. Du fait de notre approche interprétative concernant le concept de "produits similaires" employé à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, nous n'avons pas non plus souscrit à la décision du Groupe spécial d'examiner l'étendue de la substituabilité des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées du point de vue d'un groupe de consommateurs limité, c'est-à-dire les jeunes fumeurs et les jeunes fumeurs potentiels. Nous avons toutefois estimé que l'erreur du Groupe spécial n'invaliderait pas la conclusion selon laquelle il existe un degré de substituabilité suffisant entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées pour étayer une constatation générale de similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Nous avons aussi déterminé que la décision du Groupe spécial selon laquelle il ne pouvait pas utiliser certains éléments de preuve présentés par les parties ne constituait pas une erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord.

158. S'agissant de l'utilisation finale, nous n'avons pas souscrit à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'utilisation finale des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées est d'"être fumées". Toutefois, nous avons estimé, sur la base des constatations du Groupe spécial, que tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées *pouvaient* avoir les utilisations finales plus spécifiques avancées par les États-Unis, à savoir "satisfaire une dépendance à la nicotine" et "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée".³⁵⁰ Nous avons donc conclu que les différentes utilisations finales des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées étaient la constatation générale de similarité du Groupe spécial.

159. Enfin, nous faisons observer que les États-Unis n'ont pas fait appel des constatations du Groupe spécial concernant les caractéristiques physiques et la classification tarifaire des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées. Le Groupe spécial a constaté que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient physiquement semblables puisqu'"elles [avaient] 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

³⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.231; réponse des États-Unis à la question n° 37 du Groupe spécial, paragraphe 85.

tabac³⁵¹; et qu'elles étaient les unes comme les autres classées sous la sous-position 2402.20 du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises.³⁵²

160. Compte tenu de tout ce qui précède, nous ne souscrivons pas à certains aspects de l'analyse du Groupe spécial, mais nous convenons avec lui que les critères de "similarité" qu'il a examinés étaient sa conclusion générale selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Par conséquent, nous *confirmons*, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.248 de son rapport selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

C. *Constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA soumet les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes mentholées d'origine nationale au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC*

1. Introduction

161. Dans la présente section, nous traitons l'appel des États-Unis concernant la constatation du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC en soumettant les cigarettes aux clous de girofle importées d'Indonésie à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits similaires nationaux.

162. Ayant conclu que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a entrepris une analyse en quatre étapes pour déterminer si l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées d'Indonésie à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits nationaux similaires. Premièrement, le Groupe spécial a cherché à déterminer les produits à comparer dans son analyse relative au traitement moins favorable.³⁵³ Il a constaté que l'article 2.1 appelait une comparaison entre le traitement accordé, d'une part, aux cigarettes aux clous de girofle importées d'Indonésie et celui qui était accordé, d'autre part, aux cigarettes mentholées nationales.³⁵⁴ Deuxièmement, le Groupe spécial a déterminé qu'au titre de l'article 907 a) 1) A), les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient traitées différemment, en ce sens que les cigarettes aux clous de girofle étaient interdites, tandis que les cigarettes mentholées étaient exclues du champ

³⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.187.

³⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.239.

³⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.270.

³⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.275 à 7.277.

de l'interdiction.³⁵⁵ Troisièmement, le Groupe spécial a constaté que cette différence de traitement modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits importés, dans la mesure où les cigarettes aux clous de girofle importées étaient interdites tandis que les cigarettes mentholées d'origine nationale étaient autorisées à rester sur le marché.³⁵⁶ Quatrièmement et pour finir, le Groupe spécial a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel cet effet préjudiciable pouvait "s'expliqu[er] par des facteurs ou des circonstances sans rapport avec l'origine étrangère du produit"³⁵⁷, parce que l'article 907 a) 1) A) imposait des coûts aux producteurs étrangers, notamment ceux d'Indonésie, sans imposer parallèlement de coûts à quelque entité des États-Unis que ce soit.³⁵⁸

163. En appel, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a indûment restreint la *gamme des produits* visés par son analyse en axant son examen exclusivement sur le traitement accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées et le traitement accordé aux cigarettes mentholées nationales. Ils affirment que le Groupe spécial aurait dû comparer le traitement accordé au groupe des produits similaires importés et le traitement accordé au groupe des produits similaires nationaux. Ils allèguent aussi que le Groupe spécial a indûment restreint le *champ temporel* de son analyse en axant son examen exclusivement sur les effets de l'article 907 a) 1) A) sur les produits similaires d'origine nationale au moment où l'interdiction des cigarettes aromatisées a pris effet. Les États-Unis allèguent en outre que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que le traitement moins favorable auquel les cigarettes aux clous de girofle importées étaient soumises était lié à l'origine des produits parce que l'article 907 a) 1) A) imposait des coûts aux producteurs étrangers sans imposer parallèlement de coûts à quelque entité des États-Unis que ce soit. Enfin, ils allèguent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en établissant ces constatations.

164. L'Indonésie répond que le Groupe spécial a dûment indiqué les produits à comparer dans son analyse relative au traitement moins favorable et qu'il n'a pas fait erreur en établissant le délai approprié pour sa comparaison. Elle affirme aussi que le Groupe spécial a constaté à juste titre que le traitement moins favorable auquel les cigarettes aux clous de girofle étaient soumises ne pouvait pas s'expliquer par des facteurs sans rapport avec l'origine étrangère des produits importés. Enfin, l'Indonésie allègue que le Groupe spécial a agi en conformité avec l'article 11 du Mémoire d'accord en faisant son analyse.

³⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.279 et 7.280.

³⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.281.

³⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283 (faisant référence à la deuxième communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 127; qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96).

³⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

165. Avant de passer aux questions spécifiques soulevées par les États-Unis en appel, nous jugeons utile d'interpréter la prescription relative au "traitement non moins favorable" énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* à la lumière des interprétations contradictoires de ce membre de phrase présentées par les participants en appel.

2. "Traitement non moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*

166. Faisant référence à l'interprétation donnée par l'Organe d'appel de l'article III:4 du GATT de 1994³⁵⁹, les États-Unis et l'Indonésie conviennent tous deux que la règle du "traitement non moins favorable" énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* exige d'un groupe spécial qu'il détermine si le règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés sur le marché en question. Toutefois, l'Indonésie estime que l'existence de tel ou tel effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les produits importés est suffisante pour établir l'existence d'un "traitement moins favorable" au titre de l'article 2.1.³⁶⁰ En revanche, les États-Unis font valoir que l'existence d'un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les importations est nécessaire, mais non suffisante, pour établir l'existence d'une violation de l'article 2.1. Faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, ils font valoir que l'article 2.1 exige une autre enquête sur la question de savoir si "l'effet défavorable s'explique par des facteurs ou des circonstances sans rapport avec l'origine étrangère du produit".³⁶¹

167. L'article 2.1 de l'*Accord OTC* dispose que, s'agissant des institutions de leur gouvernement central:

[l]es 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.

168. Comme cela a déjà été indiqué plus haut, pour qu'un manquement à l'obligation relative au traitement national énoncée à l'article 2.1 soit établi, il faut que trois éléments soient réunis: i) la mesure en cause doit être un "règlement technique"; ii) les produits importés et les produits nationaux en cause doivent être des produits similaires; et iii) le traitement accordé aux produits importés doit

³⁵⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137.

³⁶⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 172.

³⁶¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 101 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.269; et au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96).

être moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires. Dans cette partie de leur appel, les États-Unis contestent uniquement la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA est contraire à l'obligation de traitement national prévue à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, dans la mesure où il soumet les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires.

169. La prescription relative au "traitement non moins favorable" énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* s'applique "pour ce qui concerne les règlements techniques". Un règlement technique est défini à l'Annexe 1.1 de l'*Accord* comme un "[d]ocument qui énonce les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant ... dont le respect est obligatoire". À ce titre, les règlements techniques sont des mesures qui, de par leur nature même, établissent des distinctions entre les produits en fonction de leurs caractéristiques ou des procédés et méthodes de production s'y rapportant. Cela donne à penser, à notre avis, que l'article 2.1 ne devrait pas être lu comme signifiant que *toute* distinction, en particulier celles qui sont fondées *exclusivement* sur les caractéristiques particulières d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant, accorderait en soi à un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1.

170. Nous notons ensuite que la partie pertinente de 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.

171. Le contexte fourni par l'article 2.2 donne à penser que des "obstacles au commerce international" peuvent être permis dans la mesure où il n'aura pas été constaté qu'ils sont "non nécessaires", c'est-à-dire "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime". Selon nous, cela étaye une lecture selon laquelle l'article 2.1 n'a pas pour effet d'interdire *a priori* tout obstacle au commerce international. En effet, si *tout* obstacle au commerce international était suffisant pour établir l'existence d'une violation de l'article 2.1, l'article 2.2 serait privé de son effet utile.

172. Cette interprétation de l'article 2.1 est étayée par le sixième considérant du préambule de l'*Accord OTC*, dans lequel les Membres de l'OMC reconnaissent 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.

173. Le libellé du sixième considérant reconnaît expressément que les Membres peuvent prendre les mesures nécessaires, entre autres choses, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à condition que ces mesures "ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable" soit "une restriction déguisée au commerce international" et qu'elles soient "par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord". Nous estimons que le sixième considérant de l'*Accord OTC* fournit le contexte pertinent pour le champ d'application de la prescription relative au "traitement non moins favorable" énoncée à l'article 2.1, en indiquant clairement que les règlements techniques peuvent rechercher les objectifs répertoriés dans cette disposition, à condition qu'ils ne soient pas appliqués 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'ils soient par ailleurs conformes aux dispositions de l'*Accord OTC*.

174. Enfin, comme nous l'avons noté auparavant³⁶², l'objet et le but de l'*Accord OTC* sont d'établir un équilibre entre, d'une part, l'objectif de libéralisation du commerce et, d'autre part, le droit des membres de réglementer. Cet objet et ce but donnent donc à penser que l'article 2.1 ne devrait pas être interprété comme interdisant tout effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour les importations dans les cas où cet effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement de distinctions réglementaires légitimes.

175. Par conséquent, le contexte et l'objet et le but de l'*Accord OTC* militent en faveur d'une lecture de la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1 comme interdisant à la fois *de jure* et *de facto* la discrimination à l'égard des produits importés, tout en permettant parallèlement les effets préjudiciables sur les possibilités de concurrence pour les importations qui découlent exclusivement de distinctions réglementaires légitimes.

³⁶² *Supra*, paragraphes 94 et 95.

176. Comme les participants, nous jugeons également utile de prendre en considération le contexte fourni par les autres accords visés. En particulier, nous notons que l'obligation de non-discrimination énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est exprimée dans les mêmes termes que celle qui est énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994.³⁶³ Dans le contexte de l'article III:4, la prescription relative au "traitement non moins favorable" a été largement interprétée par des groupes spéciaux antérieurs du GATT et de l'OMC et par l'Organe d'appel. Le premier, le Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, a interprété l'expression "traitement [non] moins favorable" énoncée à l'article III:4 comme exigeant "l'égalité effective des possibilités offertes aux produits importés".³⁶⁴ Des groupes spéciaux ultérieurs du GATT et de l'OMC ont suivi une approche semblable et constaté l'existence de violations de l'article III:4 dans des cas où les distinctions réglementaires énoncées dans les procédures d'exécution³⁶⁵, les circuits de distribution³⁶⁶, les prescriptions légales relatives à la teneur³⁶⁷ et l'attribution des licences d'importation³⁶⁸ entraînaient une modification des conditions de concurrence sur le marché du Membre qui réglementait au détriment des produits importés par rapport aux produits similaires nationaux.

177. Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel est convenu que l'analyse relative au traitement moins favorable dans le cadre de l'article III:4 était centrée sur les "conditions de concurrence" entre les produits similaires importés et les produits similaires nationaux.³⁶⁹ Il a précisé en outre qu'une différence formelle de traitement entre les produits importés et les produits nationaux similaires n'était:

... ni nécessaire, ni suffisante pour démontrer qu'il y a violation de l'article III:4. La question de savoir si les produits importés sont soumis ou non à un traitement "moins favorable" que les produits nationaux similaires devrait plutôt être appréciée en se demandant si une mesure modifie les *conditions de concurrence* au détriment des

³⁶³ L'article III:4 du GATT de 1994 est libellé comme suit:

Les produits du territoire de tout Membre importés sur le territoire de tout autre Membre 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.

³⁶⁴ Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, paragraphe 5.10.

³⁶⁵ Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, paragraphe 5.20.

³⁶⁶ Rapport du Groupe spécial du GATT *Canada – Régies provinciales des alcools (États-Unis)*, paragraphes 5.12 à 5.16.

³⁶⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.10.

³⁶⁸ Rapports du Groupe spécial *CE – Bananes III*, paragraphes 7.179 et 7.180.

³⁶⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 136.

produits importés sur le marché en question.³⁷⁰ (italique dans l'original)

178. Par la suite, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a expliqué que les importations seraient traitées moins favorablement que les produits similaires nationaux lorsque les distinctions réglementaires désavantageraient le groupe des produits importés par rapport au groupe des produits similaires nationaux. Il a indiqué dans son raisonnement que la clause relative au "traitement [non] moins favorable" énoncée à l'article III:4:

... exprim[ait] le principe général, énoncé à l'article III:1, selon lequel les réglementations intérieures "ne devront pas être appliquées ... de manière à protéger la production nationale". Si un "traitement moins favorable" est accordé au groupe des produits importés "similaires", une "protection" est à l'inverse accordée au groupe des produits nationaux "similaires". Un Membre peut toutefois établir des distinctions 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".³⁷¹ (italique dans l'original)

179. Ainsi, la règle du "traitement [non] moins favorable" énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994 interdit aux Membres de l'OMC de modifier les conditions de concurrence sur le marché au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits similaires nationaux.³⁷²

³⁷⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137.

³⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100.

³⁷² Nous ne partageons pas le point de vue des États-Unis dans la mesure où ils laissent entendre que le rapport *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* défend la proposition selon laquelle, au titre de l'article III:4, les groupes spéciaux devraient examiner en outre si "l'effet préjudiciable est sans rapport avec l'origine étrangère du produit". (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 101 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96)). Certes, on pourrait considérer que les propos auxquels les États-Unis font référence, lorsqu'ils sont lus isolément, donnent à penser qu'une autre enquête concernant les raisons explicatives de l'effet préjudiciable est nécessaire mais, dans ce différend, l'Organe d'appel a rejeté l'allégation formulée par le Honduras au titre de l'article III:4 parce que:

... la différence entre les coûts unitaires de la prescription relative à la caution alléguée par le Honduras s'expliqu[ait] par le fait que l'importateur de cigarettes honduriennes [avait] une part de marché plus faible que deux producteurs nationaux (le coût unitaire de la prescription relative à la caution étant le résultat de la division du coût de la caution par le nombre de cigarettes vendues sur le marché de la République dominicaine).

(Rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96)

Ainsi, dans ce différend, l'Organe d'appel a simplement affirmé que les coûts *unitaires* plus élevés de la prescription relative à la caution pour les cigarettes importées ne démontraient pas de façon concluante qu'il y avait traitement moins favorable parce que ces coûts n'étaient pas imputables à la mesure spécifique en cause, mais dépendaient en fait des volumes de vente. Dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, l'Organe d'appel a encore précisé que, s'agissant d'une constatation de l'existence d'un traitement moins favorable au titre de l'article III:4, "il [devait] exister dans chaque cas une véritable relation entre la mesure en cause et son incidence défavorable sur les possibilités de concurrence pour les produits importés par rapport aux produits

180. Même si nous sommes conscients que le sens de l'expression "traitement non moins favorable" figurant à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* doit être interprété à la lumière du contexte spécifique fourni par l'*Accord OTC*, nous estimons néanmoins que ces constatations antérieures formulées par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994 sont instructives pour apprécier le sens de l'expression "traitement non moins favorable", à condition qu'il soit tenu compte du contexte spécifique dans lequel elle apparaît à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Comme l'article III:4 du GATT de 1994, l'article 2.1 de l'*Accord OTC* exige des Membres de l'OMC qu'ils accordent au groupe des produits importés un traitement non moins favorable que celui qui est accordé au groupe des produits nationaux similaires. L'article 2.1 prescrit un tel traitement spécifiquement pour ce qui concerne les règlements techniques. C'est pourquoi un groupe spécial examinant une allégation de violation au titre de l'article 2.1 devrait chercher à déterminer si le règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché du Membre qui réglemente au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux similaires.

181. Cependant, comme nous l'avons noté auparavant, le contexte et l'objet et le but de l'*Accord OTC* militent en faveur d'une interprétation de la prescription relative au "traitement non moins favorable" de l'article 2.1 comme n'interdisant pas un effet préjudiciable sur les importations qui découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. En fait, pour les raisons susmentionnées³⁷³, la prescription relative au "traitement non moins favorable" énoncée à l'article 2.1 interdit seulement la discrimination *de jure* et *de facto* à l'égard du groupe des produits importés.

182. Par conséquent, dans le cas où le règlement technique en cause n'établit pas de discrimination *de jure* à l'égard des importations, l'existence d'un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence pour le groupe des produits importés par rapport à celui des produits similaires nationaux n'est pas déterminante pour l'existence d'un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1. Au lieu de cela, un groupe spécial doit analyser en outre si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'elle ne reflète l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits importés. Pour établir cette détermination, un groupe spécial doit analyser minutieusement les circonstances propres à l'affaire, à savoir la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique en

nationaux similaires pour étayer une constatation selon laquelle les produits importés sont traités moins favorablement". (Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 134.) L'Organe d'appel s'est abstenu d'examiner en plus si cet effet préjudiciable était lié à l'origine étrangère des produits ou s'expliquait par d'autres facteurs ou circonstances.

³⁷³ Voir *supra*, les paragraphes 97 à 101.

cause, et en particulier le point de savoir si le règlement technique est impartial, afin de déterminer si elles établissent une discrimination à l'égard du groupe des produits importés.

3. Gamme des produits visés par la comparaison concernant le "traitement non moins favorable"

183. Nous passons maintenant aux questions spécifiques soulevées par les États-Unis en appel. Nous commençons par l'appel des États-Unis concernant la gamme des produits pris en considération par le Groupe spécial pour déterminer si les cigarettes aux clous de girofle importées sont traitées moins favorablement que les produits similaires nationaux des États-Unis au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

184. Devant le Groupe spécial, l'Indonésie a fait valoir que la prescription relative au "traitement non moins favorable" énoncée à l'article 2.1 appelait une comparaison entre, d'une part, le traitement accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées et, d'autre part, le traitement accordé à toutes cigarettes nationales similaires qui ne sont pas interdites par l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA (c'est-à-dire les cigarettes mentholées ou les cigarettes ordinaires, mais pas les autres cigarettes aromatisées, qui sont interdites au titre de l'article 907 a) 1) A)).³⁷⁴ Les États-Unis ont répondu que le Groupe spécial devrait comparer le traitement accordé au titre de l'article 907 a) 1) A) 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 similaires produites dans le pays.³⁷⁵

185. Le Groupe spécial a déterminé qu'il faudrait comparer le traitement accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées et celui accordé aux cigarettes produites dans le pays, dont il avait constaté auparavant qu'il s'agissait de produits similaires, c'est-à-dire les cigarettes mentholées. Il a indiqué dans son raisonnement ce qui suit:

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". 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.³⁷⁶ (italique dans l'original; note de bas de page omise)

³⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.271.

³⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.272.

³⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.275.

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.³⁷⁷

186. En appel, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en limitant *a priori* sa comparaison relative au traitement moins favorable à un produit importé (les cigarettes aux clous de girofle indonésiennes) et un produit similaire national (les cigarettes mentholées). Faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante* et au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, ils font valoir que l'article 2.1 exigeait du Groupe spécial qu'il compare le traitement accordé à tous les produits similaires importés et nationaux en tant que groupe.³⁷⁸ Selon eux, une comparaison correcte aurait démontré que l'article 907 a) 1) A) ne modifiait pas les conditions de concurrence entre les produits similaires importés et nationaux en tant que groupe.³⁷⁹

187. En ce qui concerne les produits importés, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas le traitement accordé aux cigarettes mentholées importées d'autres pays.³⁸⁰ Selon eux, la référence aux produits importés de "*tout autre Membre*" figurant à l'article 2.1 ne justifie pas que le Groupe spécial axe son examen sur les cigarettes aux clous de girofle indonésiennes, parce que l'article 2.1 vise à discerner les distinctions réglementaires légitimes de celles qui servent d'indicateur indirect pour cibler les "produits similaires" du Membre plaignant pour les soumettre à un traitement moins favorable.³⁸¹

188. S'agissant des produits nationaux similaires, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas le traitement accordé aux cigarettes aromatisées d'origine nationale.³⁸² Dans la mesure où le Groupe spécial a limité son analyse aux cigarettes mentholées d'origine nationale en vertu de la gamme des produits indiqués dans la demande d'établissement d'un groupe

³⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.277.

³⁷⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 75 à 77 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100; et citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.295).

³⁷⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 81.

³⁸⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 79.

³⁸¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 84.

³⁸² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 79.

spécial présentée par l'Indonésie, ils soutiennent que le mandat d'un groupe spécial ne limite pas la gamme des produits à examiner dans une allégation de discrimination.³⁸³

189. L'Indonésie répond quant à elle que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en comparant le traitement accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées avec le traitement accordé aux cigarettes mentholées d'origine nationale. Elle fait valoir que le Groupe spécial a limité à juste titre sa comparaison relative au traitement moins favorable aux produits importés et aux produits nationaux qu'il avait examinés dans son analyse de la similarité.³⁸⁴ Alors que l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante* et le Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)* avaient effectué une analyse de la similarité fondée sur des groupes de produits, le Groupe spécial en l'espèce a limité à juste titre son analyse aux produits spécifiques en cause, à savoir les cigarettes aux clous de girofle importées et les cigarettes mentholées nationales.³⁸⁵ L'Indonésie soutient en outre que le Groupe spécial s'est appuyé non pas sur son mandat pour limiter la gamme des produits visés par sa comparaison relative au traitement moins favorable mais, en fait, sur le champ qu'il avait déterminé aux fins de son analyse de la similarité.³⁸⁶

190. L'article 2.1 dispose qu'il sera accordé aux "produits importés en provenance du territoire de tout Membre"³⁸⁷ 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". Le texte de l'article 2.1 appelle donc une comparaison du traitement accordé, d'une part, aux produits importés de tout Membre alléguant une violation de l'article 2.1 et du traitement accordé, d'autre part, aux produits similaires d'origine nationale et de toute autre origine. Par conséquent, aux fins de l'analyse relative au traitement moins favorable, le traitement accordé aux produits importés du Membre plaignant doit être comparé avec celui qui est accordé aux produits nationaux similaires et aux produits similaires de toute autre origine.

191. Pour déterminer quels sont les "produits similaires d'origine nationale et les produits similaires originaires de tout autre pays", un groupe spécial doit chercher à établir, en se fondant sur la nature et l'étendue du rapport de concurrence entre les produits sur le marché du Membre qui réglemente, les produits d'origine nationale (et d'autres origines) qui sont similaires aux produits importés du Membre plaignant. Pour déterminer quels sont les produits similaires en cause, un groupe spécial n'est pas tenu par son mandat de limiter son analyse aux produits que le Membre plaignant a indiqués dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. En fait, l'article 2.1 exige

³⁸³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 87.

³⁸⁴ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 138 et 139.

³⁸⁵ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 123 à 130.

³⁸⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 147 et 148.

³⁸⁷ Pas d'italique dans l'original.

du groupe spécial qu'il identifie les produits nationaux qui se trouvent dans un rapport de concurrence suffisamment étroit avec les produits importés du Membre plaignant pour être considérés comme des produits similaires au sens de cette disposition.

192. Pour être plus précis, le devoir d'un groupe spécial, au titre de l'article 2.1, d'identifier les produits d'origine nationale et d'autres origines qui sont similaires aux produits importés du Membre plaignant ne dispense pas le plaignant d'établir *prima facie* qu'il y a violation de l'article 2.1. D'ordinaire, pour s'acquitter de cette tâche, le Membre plaignant identifiera les produits importés et les produits nationaux dont il est allégué qu'ils sont similaires et dont le traitement doit être comparé aux fins d'établir l'existence d'une violation de l'article 2.1. Les produits identifiés par le Membre plaignant constituent le point de départ de l'analyse de la similarité effectuée par un groupe spécial. Toutefois, l'article 2.1 exige des groupes spéciaux qu'ils évaluent objectivement, en se fondant sur la nature et l'étendue du rapport de concurrence entre les produits sur le marché du Membre qui régit, l'ensemble des produits nationaux qui sont similaires aux produits importés du Membre plaignant.³⁸⁸

193. Une fois que les produits similaires importés et nationaux ont été dûment identifiés, l'article 2.1 exige d'un groupe spécial traitant une allégation relative au traitement national qu'il compare d'une part, le traitement accordé au titre du règlement technique en question, avec, d'autre part, celui qui est accordé à tous les produits nationaux similaires. Cependant, l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 n'exige pas des Membres qu'ils accordent un traitement non moins favorable à chaque produit importé par rapport à chaque produit similaire national. L'article 2.1 n'interdit pas telles ou telles distinctions réglementaires entre les produits dont il est constaté qu'ils sont similaires, pour autant que le traitement accordé au *groupe* des produits importés ne soit pas moins favorable que celui qui est accordé au *groupe* des produits nationaux similaires. Comme l'Organe d'appel l'a noté dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994:

Un Membre peut ... établir des distinctions 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".³⁸⁹
(italique dans l'original)

194. En résumé, l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 appelle une comparaison du traitement accordé, d'une part, au groupe des produits importés du Membre plaignant, et, d'autre part, du traitement accordé au groupe des produits nationaux similaires. Pour déterminer quelle est la

³⁸⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1131.

³⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100.

gamme des produits importés et des produits nationaux similaires, un groupe spécial n'est pas limité aux produits qui sont spécifiquement identifiés par le Membre plaignant. En fait, un groupe spécial doit évaluer objectivement, en se fondant sur la nature et l'étendue de leur rapport de concurrence, quels sont les produits d'origine nationale qui sont similaires aux produits importés du Membre plaignant. Une fois que l'ensemble des produits similaires importés et nationaux ont été ainsi identifiés, le traitement accordé à tous les produits similaires importés du Membre plaignant doit être comparé à celui qui est accordé à tous les produits nationaux similaires. La règle du "traitement non moins favorable" qui est énoncée à l'article 2.1 n'interdit pas les distinctions réglementaires entre les produits dont il est constaté qu'ils étaient similaires, à condition que le groupe des produits similaires importés du Membre plaignant soit traité non moins favorablement que le groupe des produits similaires nationaux.

195. Dans ce cadre analytique, nous passons aux allégations d'erreur spécifiques formulées par les États-Unis. Les États-Unis allèguent essentiellement que le Groupe spécial a restreint de façon inadmissible la gamme des produits à comparer aux fins d'évaluer l'allégation de l'Indonésie selon laquelle l'article 907 a) 1) A) est contraire à l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1.

196. S'agissant du groupe des produits importés, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en n'incluant pas dans son analyse le traitement accordé aux cigarettes mentholées importées aux États-Unis de tous les Membres. Nous ne pouvons pas souscrire à cet avis. Comme cela a été relevé auparavant, l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 appelle une comparaison du traitement accordé au groupe des produits similaires importés du Membre alléguant l'existence d'une violation de l'article 2.1 et du traitement accordé au groupe des produits nationaux similaires. Il s'ensuit que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant qu'une détermination relative aux allégations de l'Indonésie au titre de l'article 2.1 nécessitait d'examiner si l'article 907 a) 1) A) soumet le groupe des produits importés *d'Indonésie* à un traitement moins favorable que celui qui est accordé au groupe des produits similaires originaires des États-Unis.³⁹⁰

197. Pour déterminer le groupe des produits importés d'Indonésie dont le traitement devait être comparé au traitement accordé aux produits nationaux similaires, le Groupe spécial a constaté qu'il n'était pas contesté que la "grande majorité" des cigarettes qui étaient importées d'Indonésie aux États-Unis étaient des cigarettes aux clous de girofle.³⁹¹ Il a fait observer par ailleurs que seul "un faible pourcentage de cigarettes autres que les cigarettes aux clous de girofle" étaient importées

³⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.275 et 7.276.

³⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.275.

d'Indonésie aux États-Unis.³⁹² Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que le groupe des produits importés d'Indonésie était essentiellement constitué des cigarettes aux clous de girofle.

198. S'agissant du groupe des produits nationaux similaires, la contestation des États-Unis est centrée sur l'exclusion par le Groupe spécial des cigarettes aromatisées produites dans le pays de son analyse relative au traitement moins favorable. Le Groupe spécial s'est senti tenu par son mandat de limiter son analyse de la similarité à deux catégories de produits réglementés par l'article 907 a) 1) A) – les cigarettes aux clous de girofle importées et les cigarettes mentholées nationales³⁹³ et, en conséquence, a limité son analyse relative au traitement moins favorable à une comparaison du traitement accordé à ces deux groupes de produits.³⁹⁴ Il n'a pas pris en considération les cigarettes aromatisées nationales, que ce soit au stade de son analyse de la similarité ou à celui de son analyse relative au traitement moins favorable.

199. Nous notons cependant que les États-Unis ne contestent pas en appel l'exclusion par le Groupe spécial des cigarettes aromatisées produites dans le pays au stade de son analyse de la similarité. En fait, la contestation des États-Unis porte exclusivement sur l'exclusion par le Groupe spécial des cigarettes aromatisées produites dans le pays au stade de son analyse relative au traitement moins favorable. Étant donné que l'article 2.1 limite expressément le champ de la comparaison relative au traitement moins favorable aux produits similaires importés et nationaux, en l'absence de constatations spécifiques du Groupe spécial selon lesquelles les cigarettes aromatisées produites dans le pays autres que les cigarettes mentholées sont des cigarettes aux clous de girofle similaires, nous ne pouvons pas déterminer si le Groupe spécial a fait erreur en n'incluant pas les cigarettes aromatisées produites dans le pays dans sa comparaison relative au traitement moins favorable.

200. Même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que le Groupe spécial ait constaté que les cigarettes aromatisées nationales sont similaires aux cigarettes aux clous de girofle importées d'Indonésie, nous ne sommes pas persuadés que cela aurait changé sa conclusion finale selon laquelle l'article 907 a) 1) A) modifie les conditions de concurrence au détriment du groupe des produits importés par rapport aux produits nationaux similaires. Hormis sa constatation selon laquelle, "au moment de l'interdiction, il n'y avait pas d'autres cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants que les cigarettes mentholées"³⁹⁵ sur le marché des États-Unis – qui est contestée par les États-Unis et

³⁹² Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 503 relative au paragraphe 7.275 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 81 du Groupe spécial, qui fait référence à World Trade Atlas, Indonesia Cigarette Exports to the United States, 1998-2009 (pièce US-134 présentée au Groupe spécial).

³⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.147.

³⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.277.

³⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

traitée ci-après – le Groupe spécial n'avait pas d'éléments de preuve dans le dossier indiquant que les cigarettes aromatisées autres que les cigarettes mentholées détenaient "une quelconque part de marché non négligeable aux États-Unis avant la mise en œuvre de l'interdiction, en 2009".³⁹⁶ Au contraire, en réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont confirmé que les cigarettes aromatisées autres qu'aux clous de girofle interdites au titre de l'article 907 a) 1) A) "[avaient] été sur le marché pendant une période relativement brève et représentaient une part relativement faible du marché".³⁹⁷ Par conséquent, nous jugeons que l'on peut supposer sans risque d'erreur que, eu égard à leur part relativement modeste du marché des États-Unis, l'inclusion des cigarettes aromatisées produites dans le pays dans la comparaison n'aurait pas modifié la conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle le groupe des produits nationaux similaires était essentiellement constitué des cigarettes mentholées nationales.

4. Champ temporel de la comparaison relative au "traitement non moins favorable"

201. Dans la mesure où l'exclusion par le Groupe spécial des cigarettes aromatisées nationales autres que les cigarettes mentholées du champ de son analyse découlait de sa constatation selon laquelle ces produits n'étaient pas sur le marché au moment où l'interdiction a pris effet, les États-Unis estiment que cela constitue une erreur de droit. En particulier, ils allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en excluant *a priori* du champ de son analyse les éléments de preuve concernant les effets de l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA sur les produits similaires nationaux avant l'entrée en vigueur de l'interdiction des cigarettes aromatisées. En outre, ils allèguent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en ne tenant pas compte des éléments de preuve démontrant qu'il y avait des cigarettes aromatisées nationales autres que les cigarettes mentholées sur le marché des États-Unis au moment de l'interdiction.³⁹⁸

a) Application de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*

202. Les États-Unis font valoir que l'article 2.1 de l'*Accord OTC* n'établit pas une limitation temporelle rigide en ce qui concerne les éléments de preuve qu'un groupe spécial peut prendre en considération pour effectuer une analyse relative au traitement moins favorable. Pour cette raison, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial aurait dû tenir compte des éléments de preuve démontrant qu'il y avait des cigarettes aromatisées produites dans le pays sur le marché "dans les années précédant immédiatement la date effective de l'interdiction".³⁹⁹ L'article 907 a) 1) A) a été adopté

³⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.28.

³⁹⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphe 43.

³⁹⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 97 et 98.

³⁹⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 92.

spécifiquement pour répondre à une "tendance émergente des produits", et a fermé un "marché potentiel" que les producteurs des États-Unis exploraient activement tout récemment, en 2008.⁴⁰⁰ Par conséquent, le fait que l'interdiction visant les cigarettes aromatisées a pris effet avant que les producteurs des États-Unis aient pu "saturer" le marché avec ces produits ne devrait pas être interprété comme un élément de preuve indiquant que lesdits producteurs n'ont pas été affectés par l'interdiction.⁴⁰¹

203. L'Indonésie répond que l'appel des États-Unis concernant le cadre temporel pertinent pour l'analyse du Groupe spécial est dénué de pertinence, parce que le Groupe spécial, à juste titre, a comparé seulement le traitement accordé aux produits dont il avait été constaté en l'espèce qu'ils étaient similaires – les cigarettes aux clous de girofle importées et les cigarettes mentholées nationales – qui étaient tous les deux sur le marché avant que l'interdiction prenne effet.⁴⁰² L'Indonésie pense comme les États-Unis que l'article 2.1 n'établit "aucune limitation temporelle rigide" concernant le cadre temporel de l'analyse et qu'il donne aux groupes spéciaux le pouvoir discrétionnaire de choisir la période appropriée.⁴⁰³

204. La contestation des États-Unis vise directement les propos du Groupe spécial selon lesquels:

... 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 marché et une très forte proportion des cigarettes fumées par les jeunes aux États-Unis. (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise)

205. En l'espèce, la tâche confiée au Groupe spécial a été établie par son mandat, tel qu'il est défini dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie. Ce mandat exigeait du Groupe spécial qu'il détermine si l'article 907 a) 1) A) était compatible avec diverses dispositions de l'*Accord OTC* et du GATT de 1994 à la date de son établissement. Par conséquent, le Groupe spécial était tenu d'évaluer s'il y avait une violation de ces accords à ce moment-là et dans l'affirmative, de faire une recommandation visant à ce que les États-Unis rendent leur mesure conforme. Il s'ensuit que, s'agissant de l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, le Groupe spécial était tenu d'évaluer si, à la date de son établissement, l'article 907 a) 1) A) était un règlement technique qui soumettait les produits importés d'Indonésie à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux produits nationaux similaires.

⁴⁰⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 93.

⁴⁰¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 94.

⁴⁰² Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 151.

⁴⁰³ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 152 (citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 92).

206. Nous pensons comme les participants que l'article 2.1 n'établit pas de limitation temporelle rigide pour les éléments de preuve que le Groupe spécial pouvait examiner pour évaluer l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article 2.1. Rien dans l'article 2.1 n'interdit à un groupe spécial de tenir compte d'éléments de preuve antérieurs à la date de son établissement dans la mesure où ils éclairent son évaluation de la compatibilité de la mesure à ce moment-là. Cela est d'autant plus vrai dans le cas d'une allégation de discrimination *de facto*, où un groupe spécial doit fonder sa détermination sur la totalité des faits et circonstances qui sont portés à sa connaissance, y compris la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique en cause. Par conséquent, des éléments de preuve indiquant que l'article 907 a) 1) A) a eu des effets en matière de réglementation "dissuasifs" sur les producteurs nationaux de cigarettes aromatisées avant l'entrée en vigueur de l'interdiction de ces cigarettes pouvaient être pertinents dans l'évaluation par le Groupe spécial de l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article 2.1.

207. En l'espèce, on ne voit pas très bien si le Groupe spécial a considéré que, l'article 2.1 interdisait l'examen des éléments de preuve antérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A). Comme cela a été noté auparavant, le Groupe spécial n'a pas expliqué pourquoi il n'avait pas inclus les cigarettes aromatisées d'origine nationale autres que les cigarettes mentholées dans le groupe des produits nationaux similaires. En tout état de cause, ses propos selon lesquels "au moment de l'interdiction, il n'y avait pas d'autres cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants que les cigarettes mentholées" sur le marché des États-Unis ne constituaient pas le fondement de son exclusion des cigarettes aromatisées nationales du champ de l'analyse relative au traitement moins favorable. En fait, ils constituaient le fondement de sa constatation selon laquelle l'article 907 a) 1) A) impose "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".⁴⁰⁴ Cette constatation du Groupe spécial est contestée par les États-Unis en appel et traitée dans la sous-section V.C.5 du présent rapport.

b) Article 11 du Mémoire d'accord

208. Les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en ne tenant pas compte des éléments de preuve démontrant qu'*au moment de l'interdiction*, des cigarettes aromatisées d'origine nationale autres que les cigarettes mentholées étaient commercialisées aux États-Unis.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

⁴⁰⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 97 et 98.

209. L'Indonésie répond que le Groupe spécial a bel et bien examiné les éléments de preuve présentés par les États-Unis à cet égard, mais n'a pas été finalement convaincu par ces éléments.⁴⁰⁶ Selon elle, en pesant les éléments de preuve qui lui étaient présentés, le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord.

210. Nous rappelons que l'article 11 du Mémorandum d'accord dispose qu'un groupe spécial doit "examiner tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés, évaluer leur crédibilité, déterminer leur poids et s'assurer que ses constatations factuelles soient dûment fondées sur ces éléments de preuve".⁴⁰⁷ À l'intérieur de ces paramètres, "c'est en général [au Groupe spécial] qu'il incombe de décider quelles preuves il choisit d'utiliser pour faire ses constatations"⁴⁰⁸, et les groupes spéciaux "ne sont pas tenus d'attribuer aux éléments probants factuels des parties le même sens et le même poids que ce qu'elles leur donnent".⁴⁰⁹

211. Nous faisons observer que, lorsqu'il a constaté 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 marché"⁴¹⁰, le Groupe spécial a noté ce qui suit:

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

⁴⁰⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 158 et 162.

⁴⁰⁷ Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 135 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphes 132 et 133).

⁴⁰⁸ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 135.

⁴⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 267.

⁴¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

que cigarettes "à inflammabilité réduite". Nous nous en tenons par conséquent à notre conclusion.⁴¹¹

212. Ainsi, il apparaît que le Groupe spécial n'a pas négligé les éléments de preuve qui, selon les États-Unis, démontraient la présence de cigarettes aromatisées produites dans le pays autres que les cigarettes mentholées sur le marché des États-Unis au moment de l'interdiction. En fait, le Groupe spécial a examiné ces éléments de preuve mais n'a finalement pas été convaincu par ces derniers. Pour déterminer le poids à attribuer aux éléments de preuve qui lui étaient présentés, le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 Mémoire d'accord. En particulier, il n'a pas outrepassé le pouvoir que lui conférait l'article 11 du Mémoire d'accord en attribuant simplement aux éléments de preuve un poids et une importance différents de ceux que leur attribuaient les États-Unis.

5. Effet préjudiciable sur les produits importés

213. Enfin, les États-Unis allèguent que, même si l'Organe d'appel devait approuver la comparaison effectuée par le Groupe spécial dans son analyse relative au traitement moins favorable, le Groupe spécial a néanmoins fait erreur en constatant que l'effet préjudiciable, s'agissant des possibilités de concurrence, pour les cigarettes aux clous de girofle importées ne "s'expliquait [pas] par des facteurs sans rapport avec l'origine étrangère de ces produits".⁴¹²

214. Les États-Unis ne contestent pas en appel les constatations du Groupe spécial selon lesquelles l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA accorde un traitement différent aux cigarettes aux clous de girofle importées et aux cigarettes mentholées nationales, et selon lesquelles ce traitement différencié est au détriment du produit importé, dans la mesure où les cigarettes aux clous de girofle sont interdites tandis que les cigarettes mentholées sont autorisées.⁴¹³ Par conséquent, la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) modifie les conditions de concurrence sur le marché des États-Unis au détriment des cigarettes aux clous de girofle importées reste valable.

215. Cependant, comme cela a été noté auparavant⁴¹⁴, l'existence d'un effet préjudiciable, s'agissant des possibilités de concurrence sur le marché pertinent, pour le groupe des produits importés par rapport au groupe des produits similaires nationaux n'est pas suffisante pour établir l'existence d'un manquement à l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'Accord OTC. Dans le cas où le règlement technique en cause n'établit pas de discrimination *de jure* à l'égard des importations,

⁴¹¹ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 524 relative au paragraphe 7.289.

⁴¹² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 99 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96).

⁴¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.279 à 7.281.

⁴¹⁴ Voir *supra*, les paragraphes 174 et 175.

un groupe spécial doit analyser minutieusement les circonstances propres à l'affaire, à savoir la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique en cause et, en particulier, si le règlement technique est impartial, afin de déterminer si l'effet préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'elle ne reflète l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits importés.

216. Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont fait valoir que l'exemption des cigarettes mentholées de l'interdiction visant les cigarettes aromatisées était sans rapport avec l'origine des produits, parce qu'elle répondait à deux objectifs distincts: l'un a trait à l'incidence potentielle sur le système de soins de santé des États-Unis liée à la nécessité de traiter des "millions" de personnes présentant une dépendance aux cigarettes mentholées avec des symptômes de sevrage; et l'autre a trait au risque de voir se mettre en place un marché noir et une contrebande pour répondre aux besoins des fumeurs de cigarettes mentholées.⁴¹⁵

217. Le Groupe spécial a estimé que "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"⁴¹⁶ ne constituaient pas des objectifs légitimes, parce que:

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 jeunes, 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 marché et une très forte proportion des cigarettes fumées par les jeunes aux États-Unis. 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.⁴¹⁷ (notes de bas de page omises)

218. En appel, les États-Unis allèguent que le Groupe spécial a fait erreur en concluant que tout préjudice, s'agissant des possibilités de concurrence, pour les cigarettes aux clous de girofle importées

⁴¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289 et note de bas de page 522 y relative.

⁴¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

⁴¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

ne pouvait pas s'expliquer par des facteurs sans rapport avec l'origine étrangère des produits.⁴¹⁸ De plus, ils allèguent que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant qu'il n'y avait pas de coûts imposés à quelque entité des États-Unis que ce soit.⁴¹⁹

a) Application de l'article 2.1

219. Nous commençons par l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en concluant que tout préjudice, s'agissant des possibilités de concurrence pour les cigarettes aux clous de girofle importées, ne pouvait pas s'expliquer par des facteurs sans rapport avec l'origine étrangère des produits.⁴²⁰ Les États-Unis font valoir que, "même dans le cas où un règlement technique a un effet défavorable sur la situation de concurrence des produits importés par rapport aux produits nationaux similaires, cela ne constitue pas un traitement moins favorable lorsque l'effet préjudiciable est sans rapport avec l'origine étrangère du produit".⁴²¹ Selon eux, de nombreux facteurs ont un effet sur les coûts liés à un règlement technique, tels que les frais de transport, les méthodes de production, l'âge des installations du producteur, la taille, l'efficacité, la productivité et la stratégie de commercialisation. C'est pourquoi l'article 2.1 n'interdit pas l'imposition de coûts sur des produits importés par rapport aux produits nationaux, dans le cas où ces coûts ne sont pas liés à l'origine du produit.⁴²² Le Groupe spécial n'a pas examiné les "principes de base, la structure et la conception" de l'article 907 a) 1) A), y compris le fait qu'il permet à l'Indonésie d'importer et de vendre des cigarettes ordinaires et des cigarettes mentholées aux États-Unis.⁴²³ Selon les États-Unis, la référence à des "coûts" non spécifiés imposés aux producteurs étrangers n'établit pas que les effets de l'article 907 a) 1) A), s'agissant des possibilités de concurrence, pour les produits importés sont liés à l'origine des produits.⁴²⁴ Les États-Unis soulignent que les coûts que l'article 907 a) 1) A) évite, selon les allégations, seraient supportés par le système d'application de la réglementation et le système de soins de santé des États-Unis (et non par les producteurs de cigarettes mentholées nationales), même si toutes les cigarettes mentholées étaient importées.⁴²⁵

220. Selon l'Indonésie, la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) modifie les conditions de concurrence aux États-Unis au détriment des cigarettes aux clous de girofle importées par rapport aux cigarettes mentholées nationales était suffisante pour établir l'existence

⁴¹⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 99.

⁴¹⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 109.

⁴²⁰ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 99.

⁴²¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 101.

⁴²² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 101.

⁴²³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 103.

⁴²⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 106.

⁴²⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 107.

d'une violation de l'article 2.1.⁴²⁶ Bien que l'Indonésie soutienne qu'un critère de l'"origine nationale" additionnel n'était pas requis, elle fait valoir que, néanmoins, le Groupe spécial a eu raison de conclure que l'article 907 a) 1) A) avait une "intention discriminatoire", parce que les cigarettes mentholées représentaient 25 pour cent du marché et une très forte proportion des cigarettes fumées par les jeunes aux États-Unis.⁴²⁷ Il n'a pas admis, à juste titre, que les coûts susceptibles d'être supportés par le système de soins de santé et le système d'application des réglementations des États-Unis soient des "raisons légitimes" pour exempter les cigarettes mentholées de l'interdiction visant les cigarettes aromatisées. Il a constaté à bon escient que la répartition disproportionnée des coûts entre les entités indonésiennes et les entités des États-Unis attestait l'existence d'une discrimination *de facto* à l'égard des importations.⁴²⁸

221. Tout d'abord, nous pensons comme les États-Unis que le Groupe spécial n'a pas énoncé clairement ses raisons de conclure 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".⁴²⁹ Dans la mesure où les coûts effectifs ou potentiels sont pertinents pour l'analyse relative au traitement moins favorable au titre de l'article 2.1, le Groupe spécial n'a pas précisé les raisons pour lesquelles, à son avis, l'article 907 a) 1) A) n'imposait pas de coûts "à quelque entité des États-Unis que ce soit", en dehors de l'observation selon laquelle, "au moment de l'interdiction, il n'y avait pas d'autres cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants que les cigarettes mentholées"⁴³⁰ sur le marché des États-Unis.⁴³¹

222. Néanmoins, nous ne sommes pas persuadés que le Groupe spécial ait fait erreur en constatant finalement que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.1. De par sa conception, l'article 907 a) 1) A) interdit toutes les cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que le tabac ou le menthol. S'agissant des cigarettes qui sont interdites au titre de l'article 907 a) 1) A), le Groupe spécial a formulé une constatation factuelle selon laquelle "presque toutes les cigarettes aux clous de girofle" importées aux États-Unis dans les trois années précédant l'interdiction provenaient

⁴²⁶ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 172.

⁴²⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 183.

⁴²⁸ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphes 184 et 185.

⁴²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

⁴³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

⁴³¹ En outre, dans la mesure où la constatation du Groupe spécial pourrait être interprétée comme donnant à penser que la réduction des coûts potentiels de la réglementation constitue en soi un objectif de réglementation illégitime, nous ne sommes pas de cet avis. Rien dans l'article 2.1 n'empêche un Membre de chercher à réduire au minimum les coûts susceptibles de résulter des règlements techniques, à condition que le règlement technique en cause n'établisse pas, ouvertement ou de façon voilée, de discrimination à l'égard des importations.

d'Indonésie.⁴³² Il a noté aussi que "la grande majorité" des cigarettes aux clous de girofle consommées aux États-Unis provenaient d'Indonésie.⁴³³ Même si les États-Unis ont indiqué qu'ils n'avaient "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"⁴³⁴, le Groupe spécial n'a pas trouvé d'éléments de preuve indiquant que ces produits détenaient "une quelconque part de marché non négligeable aux États-Unis avant la mise en œuvre de l'interdiction, en 2009".⁴³⁵ En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont confirmé que les cigarettes aromatisées autres que les cigarettes aux clous de girofle interdites au titre de l'article 907 a) 1) A) "[avaient] été sur le marché pendant une période relativement brève et représentaient une part relativement faible du marché".⁴³⁶

223. En ce qui concerne les cigarettes qui ne sont *pas* interdites au titre de l'article 907 a) 1) A), le dossier démontre que, dans les années allant de 2000 à 2009, entre 94,3 et 97,4 pour cent de toutes les cigarettes vendues aux États-Unis étaient produites dans le pays⁴³⁷ et que les cigarettes mentholées représentaient environ 26 pour cent du marché total des cigarettes aux États-Unis.⁴³⁸ Les renseignements versés au dossier montrent aussi que trois marques nationales dominent le marché des cigarettes mentholées aux États-Unis: Kool, Salem (Reynolds American) et Newport (Lorillard), Marlboro détenant une part de marché plus faible.⁴³⁹

224. Compte tenu de ce qui précède, la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application de l'article 907 a) 1) A) donnent fortement à penser que l'effet préjudiciable, s'agissant des possibilités de concurrence, pour les cigarettes aux clous de girofle dénote l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits similaires importés d'Indonésie. Les

⁴³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.26 (faisant référence à la première communication écrite de l'Indonésie au Groupe spécial, paragraphe 18; à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 35; et à World Trade Atlas, United States – Imports, Clove Cigarette Market Share Data (pièce US-100 présentée au Groupe spécial); et à World Trade Atlas, Indonesia Cigarette Exports to the United States, 1998-2009 (pièce US-134 présentée au Groupe spécial)).

⁴³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.27. Le Groupe spécial a pu néanmoins indiquer au moins une entreprise des États-Unis qui fabriquait des cigarettes aux clous de girofle avant l'entrée en vigueur de la FSPTCA. (*Ibid.* (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 35))

⁴³⁴ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 58 relative au paragraphe 2.28.

⁴³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.28.

⁴³⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 17 du Groupe spécial, paragraphe 43.

⁴³⁷ Cigarettes: Domestic and Imported, 2000-2009 (pièce US-31 présentée au Groupe spécial).

⁴³⁸ Première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 27 (faisant référence à US Federal Trade Commission, *Cigarette Report for 2006*, Table 1A (2009) (pièce US-29 présentée au Groupe spécial); et à P.S. Gardiner, "The African Americanization of menthol cigarette use in the United States" (février 2004) 6(1) *Nicotine & Tobacco Research* S55 (pièce US-30 présentée au Groupe spécial)).

⁴³⁹ Voir la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 29 et P.S. Gardiner, "The African Americanization of menthol cigarette use in the United States" (février 2004) 6(1) *Nicotine & Tobacco Research* S55 (pièce US-30 présentée au Groupe spécial), page 58.

produits qui sont interdits au titre de l'article 907 a) 1) A) sont principalement constitués des cigarettes aux clous de girofle importées d'Indonésie, alors que les produits similaires qui sont effectivement autorisés dans le cadre de cette mesure sont principalement constitués des cigarettes mentholées produites dans le pays.

225. En outre, nous ne sommes pas persuadés que l'effet préjudiciable de l'article 907 a) 1) A), s'agissant des possibilités de concurrence, pour les cigarettes aux clous de girofle importées découle bien d'une distinction réglementaire légitime. Nous rappelons que l'objectif déclaré de l'article 907 a) 1) A) est de réduire le tabagisme chez les jeunes. Une des caractéristiques particulières des cigarettes aromatisées qui les rend attrayantes pour les jeunes est l'aromatisant qui masque l'âpreté du tabac et les rend ainsi plus agréables pour l'initiation au tabac que les cigarettes ordinaires.⁴⁴⁰ Dans la mesure où cette caractéristique particulière est présente à la fois dans les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées⁴⁴¹, les cigarettes mentholées ont la même caractéristique de produit que celle qui, dans la perspective de l'objectif déclaré de l'article 907 a) 1) A), justifiait la prohibition des cigarettes aux clous de girofle. En outre, les raisons présentées par les États-Unis pour l'exemption des cigarettes mentholées de l'interdiction des cigarettes aromatisées ne démontrent pas à notre avis que l'effet préjudiciable, s'agissant des possibilités de concurrence, pour les cigarettes aux clous de girofle importées découle bien d'une distinction réglementaire légitime. Les États-Unis font valoir que ladite exemption a pour but de réduire au minimum: i) l'incidence sur le système de soins de santé des États-Unis du fait de traiter des "millions" de fumeurs de cigarettes mentholées présentant des symptômes de sevrage; et ii) le risque de voir se mettre en place un marché noir et une contrebande pour répondre aux besoins des fumeurs de cigarettes mentholées. Ainsi, selon eux, l'exemption des cigarettes mentholées de l'interdiction des cigarettes aromatisées est justifiée pour éviter les risques qu'entraîneraient les symptômes de sevrage chez les fumeurs de cigarettes mentholées dans le cas où ces cigarettes seraient interdites. Nous notons toutefois que l'ingrédient addictif présent dans les cigarettes mentholées est la nicotine, et non la menthe poivrée ou un quelconque autre ingrédient exclusivement présent dans les cigarettes mentholées, et que cet ingrédient est également présent dans un groupe de produits qui sont pareillement autorisés au titre de l'article 907 a) 1) A), à savoir les cigarettes ordinaires. Il n'apparaît donc pas clairement que les risques que les États-Unis allèguent réduire au minimum en permettant aux cigarettes mentholées de

⁴⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.216 à 7.221.

⁴⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.221 (faisant référence à "Use of Menthol Cigarettes", The National Survey on Drug Use and Health Report, 19 novembre 2009 (pièce IND-66 présentée au Groupe spécial); et à American Lung Association, Tobacco Policy Trend Alert, *From Joe Camel to Kauai Kolada – the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes* (2006) (pièce US-35 présentée au Groupe spécial), page 1, peut être consulté à: <<http://slati.lungusa.org/reports/CandyFlavoredUpdatedAlert.pdf>>).

rester sur le marché se matérialiseraient si les cigarettes mentholées devaient être interdites, dans la mesure où les cigarettes ordinaires restaient sur le marché.

226. Par conséquent, même si l'article 907 a) 1) A) ne fait pas expressément la distinction entre le traitement accordé aux produits importés et celui qui est accordé aux produits similaires nationaux, il fonctionne d'une manière qui dénote l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits similaires importés d'Indonésie. En conséquence, malgré nos réserves concernant la brièveté de l'analyse du Groupe spécial, nous pensons comme lui qu'en exemptant les cigarettes mentholées de l'interdiction des cigarettes aromatisées, l'article 907 a) 1) A) soumet les cigarettes aux clous de girofle importées en provenance d'Indonésie à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires nationaux, au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

b) Article 11 du Mémoire d'accord

227. Enfin, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord parce qu'il a constaté que l'article 907 a) 1) A) évitait des coûts à toute entité des États-Unis, en l'absence de tout élément dans le dossier du Groupe spécial qui lui aurait permis de parvenir à une telle conclusion.⁴⁴² Ils font valoir que la mesure imposait des coûts liés à son exécution à l'Agence des médicaments et des produits alimentaires (la "FDA") et aux producteurs nationaux de cigarettes ayant des arômes caractérisants, dont le marché potentiel était fermé. En réduisant le tabagisme chez les jeunes, l'article 907 a) 1) A) réduit aussi la demande ultérieure de cigarettes. Par conséquent, il réduit aussi le marché des cigarettes destinées aux "adultes", qui est presque entièrement constitué de producteurs nationaux.⁴⁴³

228. L'Indonésie répond que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en établissant cette constatation, qui est étayée par des éléments de preuve montrant que l'exemption des cigarettes mentholées de l'interdiction était le résultat d'un compromis politique avec la branche de production du tabac des États-Unis.⁴⁴⁴

229. Nous rappelons que, dans l'affaire *CE – Éléments de fixation (Chine)*, l'Organe d'appel a considéré qu'"[i]l [était] tout aussi inacceptable qu'un participant reformule effectivement les arguments qu'il a présentés au Groupe spécial sous le couvert d'une allégation au titre de l'article 11" et qu'"une allégation selon laquelle un groupe spécial a manqué à ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord [devait] être autonome et ne devrait pas être formulée simplement en tant qu'argument ou allégation subsidiaire à l'appui d'une allégation selon laquelle le groupe spécial n'a pas

⁴⁴² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 110.

⁴⁴³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 111.

⁴⁴⁴ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 189.

appliqué correctement une disposition des accords visés."⁴⁴⁵ Sans perdre de vue ces considérations, nous procédons à l'examen de l'appel des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que l'article 907 a) 1) A) n'imposait pas de coûts à quelque entité des États-Unis que ce soit.

230. Comme nous l'avons fait observer plus haut, nous pensons que le Groupe spécial n'a pas complètement expliqué le fondement sur lequel il s'était appuyé pour dire que l'article 907 a) 1) A), tout en imposant des "coûts" aux producteurs étrangers, n'imposait "[pas] de coûts à quelque entité des États-Unis que ce soit". Cependant, les propos du Groupe spécial devraient être lus compte tenu du fait que, au paragraphe 7.289 de son rapport, il a considéré les coûts imposés aux producteurs "au moment de l'interdiction" et qu'il a assimilé le concept d'"entité" à celui de "producteur", comparant ainsi les coûts imposés aux producteurs en Indonésie aux coûts imposés aux producteurs des États-Unis, à l'exclusion des entités administratives comme la FDA.

231. Il nous semble que l'allégation des États-Unis vise la comparaison relative au traitement moins favorable faite par le Groupe spécial, plutôt que l'absence alléguée d'éléments de preuve dans le dossier du Groupe spécial justifiant l'absence de coûts pour quelque entité des États-Unis que ce soit. Nous notons que les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur, au regard de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, en limitant le champ de son analyse relative au traitement moins favorable aux effets de l'article 907 a) 1) A) sur toutes les cigarettes nationales au moment où la mesure est entrée en vigueur, à l'exclusion des cigarettes aromatisées qui étaient produites aux États-Unis avant que l'interdiction n'entre en vigueur.⁴⁴⁶ À notre avis l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en ne prenant pas en considération l'incidence de l'article 907 a) 1) A) sur les producteurs des États-Unis avant l'entrée en vigueur de l'interdiction signifie aussi que le Groupe spécial a eu tort de dire que la mesure n'imposait pas de coûts à quelque producteur des États-Unis que ce soit. Nous considérons donc que l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a enfreint l'article 11 du Mémoire d'accord parce qu'il a constaté que l'article 907 a) 1) A) n'imposait "[pas] de coûts à quelque entité des États-Unis que ce soit" est subsidiaire par rapport à son allégation selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en concluant que l'article 907 a) 1) A) soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qu'il accordait aux cigarettes mentholées d'origine nationale similaires au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

⁴⁴⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*, paragraphe 498; et le rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 238.

⁴⁴⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 96.

232. Compte tenu de ce qui précède, nous ne considérons pas que le Groupe spécial ait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en constatant que l'article 907 a) 1) A) soumettait les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux cigarettes mentholées nationales au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

6. Conclusion sur le "traitement non moins favorable"

233. Compte tenu de ce qui précède, nous *confirmons*, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.292 de son rapport, selon laquelle, en interdisant les cigarettes aux clous de girofle tout en exemptant les cigarettes mentholées de l'interdiction, l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA accorde effectivement aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes mentholées d'origine nationale, au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

D. *Conclusions au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC*

234. À la lumière des considérations qui précèdent sur les constatations du Groupe spécial concernant la similarité et le traitement moins favorable, nous *confirmons* donc, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.293 et 8.1 b) de son rapport, selon laquelle l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA 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 qui est accordé aux cigarettes mentholées similaires d'origine nationale.

235. Pour parvenir à cette conclusion, nous souhaitons clarifier les implications de notre décision. Nous ne pensons pas que l'*Accord OTC* ni aucun des accords visés doive être interprété comme empêchant les Membres d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques de santé publique en général et des politiques de lutte antitabac en particulier, au moyen de la réglementation de la composition des produits du tabac, y compris l'interdiction ou la limitation de l'utilisation des ingrédients qui rendent plus attractives les cigarettes destinées aux jeunes et aux fumeurs potentiels et en améliorent le goût. En outre, nous reconnaissons l'importance des efforts déployés par les membres de l'Organisation mondiale de la santé pour la lutte antitabac.

236. Bien que nous ayons confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure spécifique en cause dans le présent différend est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, nous ne disons pas qu'un Membre ne peut pas adopter de mesures pour rechercher des objectifs de santé légitimes tels que limiter ou empêcher le tabagisme chez les jeunes. En particulier, nous ne disons pas

que les États-Unis ne peuvent pas interdire les cigarettes aux clous de girofle: toutefois, s'ils choisissent de le faire, cela doit être fait d'une manière compatible avec l'*Accord OTC*. Même si l'article 907 a) 1) A) recherche l'objectif légitime de réduire le tabagisme chez les jeunes en interdisant les cigarettes contenant des arômes et des ingrédients qui rendent le tabac plus attractif pour les jeunes, il le fait d'une manière qui est incompatible avec l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* du fait qu'il exempte les cigarettes mentholées, qui contiennent de la même façon des arômes et ingrédients rendant le tabac plus attractif pour les jeunes, de l'interdiction visant les cigarettes aromatisées.

VI. Article 2.12 de l'*Accord OTC*

A. Introduction

237. Nous examinons maintenant l'appel des États-Unis visant la constatation du Groupe spécial selon laquelle, 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) de la FFDCA, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

238. La FSPTCA a été promulguée le 22 juin 2009. La mesure en cause, l'article 907 a) 1) A), est entrée en vigueur trois mois plus tard. Devant le Groupe spécial, l'Indonésie a fait valoir que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha relative aux questions et préoccupations liées à la mise en œuvre⁴⁴⁷ ("la Décision ministérielle de Doha") – qui a précisé que le "délai raisonnable" prévu à l'article 2.12 de l'*Accord OTC* était d'au moins six mois – constituait une interprétation juridiquement contraignante conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*. Ainsi, selon l'Indonésie, 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 agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.⁴⁴⁸ Le Groupe spécial a formulé la question dont il était saisi comme étant celle de savoir si les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.12 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, le Groupe spécial a examiné si, comme l'Indonésie l'alléguait, l'article 2.12 "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)".⁴⁴⁹

239. Dans son analyse de l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, le Groupe spécial a examiné la valeur interprétative du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de

⁴⁴⁷ Décision du 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/17, paragraphe 5.2.

⁴⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.552.

⁴⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.561. (italique dans l'original)

Doha. Il a estimé que, bien que les États-Unis et l'Indonésie 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*, il serait "guidé par [la Décision ministérielle de Doha] pour son interprétation de l'expression "délai raisonnable", puisqu[e] [la Décision ministérielle de Doha] a été adoptée[e] 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 a dit que, à son avis, "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 Vienne*, sur l'interprétation du "délai raisonnable" visé à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.⁴⁵⁰

240. Les États-Unis allèguent en appel que: i) le Groupe spécial a attribué une "valeur interprétative" incorrecte au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha dans son interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*; et ii) le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Indonésie avait établi des éléments *prima facie* montrant qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, que les États-Unis n'ont pas réfutés.

B. *Valeur interprétative du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha*

241. Nous rappelons que, pour ce qui est de la valeur interprétative du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, le Groupe spécial a dit qu'il "[devait] être guidé par [le paragraphe 5.2] pour son interprétation de l'expression "délai raisonnable", puisqu[e] [le paragraphe 5.2] a été adopté par tous les Membres de l'OMC réunis en Conférence ministérielle, l'organe de rang le plus élevé de l'OMC".⁴⁵¹

242. Selon les États-Unis, le Groupe spécial "s'est abstenu de déterminer formellement" si le paragraphe 5.2 constituait une interprétation faisant autorité de l'article 2.12, "disant seulement qu'il "[devait] être guidé" par le paragraphe 5.2" puisque celui-ci avait été adopté par tous les Membres de l'OMC réunis en Conférence ministérielle, l'organe de rang le plus élevé de l'OMC.⁴⁵² Les États-Unis soutiennent que, bien que n'ayant pas constaté que le paragraphe 5.2 avait le statut juridique d'une interprétation faisant autorité adoptée conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, le Groupe spécial a fait erreur en appliquant le paragraphe 5.2 en tant que "règle" qui modifiait le texte de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.⁴⁵³ Les États-Unis allèguent que la valeur juridique du paragraphe 5.2

⁴⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.576.

⁴⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.576.

⁴⁵² Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 124 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.576).

⁴⁵³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 129.

est tout au plus un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la *Convention de Vienne*.⁴⁵⁴

243. L'Indonésie répond que "le Groupe spécial a *bien* établi que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha [était] une interprétation contraignante en vertu de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*" et qu'il pouvait aussi être considéré comme un accord ultérieur intervenu entre les parties, au sens de l'article 31(3) a) de la *Convention de Vienne*, concernant l'interprétation de l'expression "délai raisonnable" visée à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*".⁴⁵⁵

244. Au paragraphe 7.575 de son rapport, le Groupe spécial a dit que les termes du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha "*donn[aient] 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".⁴⁵⁶ En appel, l'Indonésie se fonde sur cette dernière déclaration du Groupe spécial et fait valoir que celui-ci a constaté que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constituait une interprétation contraignante "en vertu de" l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.⁴⁵⁷

245. Au paragraphe 7.576 de son rapport, le Groupe spécial a dit que, bien que les États-Unis et l'Indonésie 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*, il serait "guidé par [le paragraphe 5.2] pour son interprétation de l'expression "délai raisonnable", puisqu[e] [ce paragraphe] a été adopté par tous les Membres de l'OMC réunis en Conférence ministérielle, l'organe de rang le plus élevé de l'OMC". En appel, les États-Unis se fondent sur cette déclaration du Groupe spécial et font valoir que le Groupe spécial n'a pas constaté que le paragraphe 5.2 constituait une interprétation faisant autorité adoptée par la Conférence ministérielle conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.⁴⁵⁸

246. Selon nous, au paragraphe 7.575 de son rapport, le Groupe spécial a identifié certaines caractéristiques de la Décision ministérielle de Doha qui *donnaient à penser* que les Membres entendaient adopter une interprétation "contraignante" de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. La déclaration du Groupe spécial au paragraphe 7.575 était, selon ses propres termes, préliminaire. De plus, cette déclaration n'était pas suivie d'une "constatation" établissant que le paragraphe 5.2 constituait une interprétation adoptée conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*. Ainsi, nous ne partageons pas l'avis de l'Indonésie selon lequel le Groupe

⁴⁵⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 126.

⁴⁵⁵ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 222. (italique dans l'original)

⁴⁵⁶ Pas d'italique dans l'original.

⁴⁵⁷ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 222.

⁴⁵⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 124.

spécial *a constaté* que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha "constituait une interprétation contraignante en vertu de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*".⁴⁵⁹

247. Malgré notre conclusion selon laquelle le Groupe spécial n'a pas formellement déterminé si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constituait une interprétation multilatérale au titre de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, nous examinerons néanmoins si le paragraphe 5.2, de fait, a ce statut juridique. Avant cela, nous formulons quelques considérations générales concernant le rôle et la fonction des interprétations multilatérales adoptées conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.

248. L'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* dispose ce qui suit:

La Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux. S'agissant d'une interprétation d'un Accord commercial multilatéral figurant à l'Annexe 1, ils exerceront leur pouvoir en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement dudit accord. La décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres. Le présent paragraphe ne sera pas utilisé d'une manière susceptible d'éroder les dispositions relatives aux amendements de l'article X.

249. Dans l'affaire *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, l'Organe d'appel a estimé que les interprétations multilatérales adoptées conformément à l'article IX:2 étaient "censées préciser le sens des obligations existantes et non en modifier la teneur".⁴⁶⁰ L'article IX:2 établit que la décision d'adopter une interprétation multilatérale ne peut être prise que par les Membres réunis en Conférence ministérielle ou dans le cadre du Conseil général et que ces décisions doivent être prises à une majorité des trois quarts des Membres. Pour ce qui est des décisions d'adopter des interprétations multilatérales d'un Accord commercial multilatéral figurant à l'Annexe 1 de l'*Accord sur l'OMC*, l'article IX:2 prescrit que la Conférence ministérielle ou le Conseil général exerce son pouvoir en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement dudit accord. Par conséquent, si l'article IX:2 confère à la Conférence ministérielle et au Conseil général le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations multilatérales de l'*Accord sur l'OMC*, l'exercice de ce pouvoir se situe dans le cadre des paramètres établis par l'article IX:2.

250. Les interprétations multilatérales adoptées conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* ont un effet juridique de très large portée. Ces interprétations sont contraignantes pour tous les

⁴⁵⁹ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 222.

⁴⁶⁰ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 383.

Membres. Selon nous, l'effet juridique étendu de ces interprétations est précisément la raison pour laquelle l'article IX:2 soumet leur adoption à des procédures décisionnelles clairement énoncées et strictes.

251. S'agissant de la question de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha peut être considéré comme une interprétation multilatérale de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, nous rappelons que l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* établit deux prescriptions spécifiques qui s'appliquent à l'adoption des interprétations multilatérales des Accords commerciaux multilatéraux figurant à l'Annexe 1 de l'*Accord sur l'OMC*: i) la décision de la Conférence ministérielle ou du Conseil général d'adopter ces interprétations sera prise à une majorité des trois quarts des Membres; et ii) ces interprétations seront adoptées en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement de l'accord pertinent. Nous examinerons donc si la décision d'adopter le paragraphe 5.2 est conforme à ces procédures décisionnelles spécifiques.

252. En ce qui concerne la première prescription, le Groupe spécial a observé que la Conférence ministérielle s'était prononcée sur les questions visées dans la Décision ministérielle de Doha *par consensus*. La question de savoir si la première prescription avait été remplie n'a pas été soulevée dans le présent appel. S'agissant de la deuxième prescription, le Groupe spécial a noté qu'"il *apparaissait* 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*", à savoir qu'elle devait exercer son pouvoir en se fondant sur une recommandation du Conseil du commerce des marchandises.⁴⁶¹ Le Groupe spécial a dit en outre qu'"[o]n 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*.⁴⁶² En appel, les États-Unis font valoir qu'"[un] groupe spécial n'est pas autorisé à déroger aux prescriptions de l'article IX:2 ou à imposer aux Membres une interprétation qui n'est pas adoptée de la manière prescrite".⁴⁶³

253. Nous ne partageons par l'avis du Groupe spécial dans la mesure où il a laissé entendre que l'absence d'une recommandation du Conseil du commerce des marchandises "[était] 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*".⁴⁶⁴ Bien que l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* confère à la Conférence ministérielle et au Conseil général le

⁴⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.574 (faisant référence à la réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5). (pas d'italique dans l'original)

⁴⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.575.

⁴⁶³ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 125.

⁴⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.575.

pouvoir exclusif d'adopter des interprétations multilatérales de l'*Accord sur l'OMC*, ce pouvoir doit être exercé dans le cadre des paramètres définis à l'article IX:2. Il nous semble que l'avis exprimé par le Groupe spécial ne respecte pas une procédure décisionnelle spécifique établie par l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*. À notre avis, considérer comme une "prescription formelle" la prescription faisant obligation d'agir en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement de l'accord pertinent ne permet pas à un groupe spécial de donner une lecture d'une disposition conventionnelle qui exclut cette prescription, ni d'en affaiblir l'efficacité.

254. Bien que le raisonnement du Groupe spécial puisse être interprété comme donnant à penser que la Conférence ministérielle pourrait se dispenser de respecter une prescription spécifique établie par l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, les termes de l'article IX:2 ne laissent pas entendre qu'il soit possible de se dispenser de respecter cette prescription. À cet égard, nous rappelons que, conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, la Conférence ministérielle ou le Conseil général "*exercera*" son pouvoir d'adopter une interprétation d'un Accord commercial multilatéral figurant à l'Annexe 1 de l'*Accord sur l'OMC* "en se fondant sur une recommandation" du Conseil qui supervise le fonctionnement dudit accord. Nous estimons que la recommandation du Conseil compétent est un élément essentiel de l'article IX:2, qui constitue le fondement juridique sur lequel la Conférence ministérielle ou le Conseil général s'appuient pour exercer leur pouvoir d'adopter des interprétations de l'*Accord sur l'OMC*. Une interprétation d'un Accord commercial multilatéral figurant à l'Annexe 1 de l'*Accord sur l'OMC* doit donc être adoptée en se fondant sur une recommandation du Conseil compétent qui supervise le fonctionnement dudit accord.

255. Nous notons que devant le Groupe spécial, l'Indonésie s'est fondée sur le paragraphe 12 de la Déclaration ministérielle de Doha⁴⁶⁵ et sur le préambule de la Déclaration ministérielle de Doha, et a fait valoir que l'interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* avait été établie sur la base de discussions menées au sein du Conseil général et des organes subsidiaires de l'OMC.⁴⁶⁶ Alors que le contenu du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha pourrait très bien être fondé sur des discussions au sein du Comité des obstacles techniques au commerce, nous ne sommes pas convaincus que cela soit suffisant pour établir que la Conférence ministérielle a exercé son pouvoir d'adopter une interprétation de l'*Accord OTC* en se fondant sur une *recommandation* du Conseil du commerce des marchandises. En conséquence, nous constatons qu'en l'absence d'éléments de preuve de l'existence d'une recommandation spécifique du Conseil du commerce des marchandises visant l'interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de

⁴⁶⁵ Adoptée le 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1.

⁴⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.574 (faisant référence à la réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 27).

Doha ne constitue pas une interprétation multilatérale adoptée conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.⁴⁶⁷

256. Compte tenu de notre constatation selon laquelle le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha ne peut pas être considérée comme une interprétation multilatérale au sens de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, nous examinons si, comme le Groupe spécial l'a constaté, le paragraphe 5.2 "pourrait être considéré comme un accord ultérieur des parties, au sens de l'article 31 3) a) de la [Convention de Vienne], sur l'interprétation du "délai raisonnable" visé à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*".⁴⁶⁸

257. Nous notons que, en réponse aux questions posées à l'audience, les États-Unis ont fait valoir qu'une décision de la Conférence ministérielle qui n'est pas conforme aux procédures décisionnelles spécifiques établies par l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* ne pouvait pas constituer un "accord ultérieur intervenu entre les parties" au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*. Nous relevons que les interprétations multilatérales adoptées conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, d'une part, et les accords ultérieurs en matière d'interprétation au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*, d'autre part, ont des fonctions différentes et des effets juridiques différents au regard du droit de l'OMC. Les interprétations multilatérales au titre de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* offrent un moyen permettant aux Membres – agissant par l'intermédiaire des organes de rang le plus élevé de l'OMC – d'adopter des interprétations contraignantes qui précisent le droit de l'OMC pour tous les Membres. Les interprétations en question sont contraignantes pour tous les Membres, y compris en ce qui concerne tous les différends dans lesquels elles sont pertinentes.

258. Par ailleurs, l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* est une règle d'interprétation des traités en vertu de laquelle l'interprète d'un traité utilise un accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation d'une disposition conventionnelle comme outil d'interprétation pour déterminer le sens de cette disposition. Conformément à l'article 3:2 du Mémoire d'accord, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel sont tenus d'appliquer les règles coutumières d'interprétation du droit international public – y compris la règle énoncée à l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* – pour préciser les dispositions existantes des accords visés. Les interprétations données par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel au cours des procédures de règlement des différends sont contraignantes

⁴⁶⁷ Pour établir cette constatation, nous ne disons pas que la Conférence ministérielle ne s'est pas conformée à une procédure décisionnelle spécifique établie par l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*. Nous disons par contre que l'absence d'une recommandation du Conseil du commerce des marchandises visant l'interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* justifie de conclure que le paragraphe 5.2 de la Déclaration ministérielle de Doha ne constitue pas une interprétation multilatérale adoptée conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.

⁴⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.576. (note de bas de page omise)

uniquement pour les parties à un différend déterminé.⁴⁶⁹ L'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* n'empêche pas les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de recourir à une règle coutumière d'interprétation du droit international public que, en vertu de l'article 3:2 du Mémoire d'accord, ils sont tenus d'appliquer.

259. Nous rappelons aussi que, dans l'affaire *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, l'Organe d'appel a dit que "les interprétations multilatérales [étaient] censées préciser le sens des obligations existantes"⁴⁷⁰ et que "les interprétations multilatérales adoptées conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* [étaient] très semblables aux accords ultérieurs au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*".⁴⁷¹ Ainsi, compte tenu de la fonction spécifique des interprétations multilatérales adoptées conformément à l'article IX:2 et du fait que ces interprétations sont adoptées par les Membres réunis dans le cadre des organes de rang le plus élevé de l'OMC, ces interprétations sont très semblables aux accords ultérieurs en matière d'interprétation au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*, mais *n'en* sont pas des interprétations *exhaustives*.

260. Nous estimons, par conséquent, qu'une décision adoptée par les Membres, *autre qu'une* décision adoptée conformément à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, peut constituer un "accord ultérieur" sur l'interprétation d'une disposition d'un accord visé par l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*. En conséquence, nous examinons la question de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha peut être considéré comme un accord ultérieur, au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* sur l'interprétation de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

⁴⁶⁹ Dans l'affaire *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit:

Il est bien établi que les rapports de l'Organe d'appel n'ont aucune force obligatoire, sauf pour ce qui est du règlement du différend entre les parties. Cela toutefois ne veut pas dire que les groupes spéciaux ultérieurs sont libres de ne pas tenir compte des interprétations du droit et du *ratio decidendi* figurant dans les rapports antérieurs de l'Organe d'appel qui ont été adoptés par l'ORD.

...

Ainsi, l'interprétation du droit consignée dans les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptés devient partie intégrante de l'acquis du système de règlement des différends de l'OMC. Assurer "la sécurité et la prévisibilité" du système de règlement des différends, comme il est prévu à l'article 3:2 du Mémoire d'accord, suppose que, en l'absence de raisons impérieuses, un organisme juridictionnel tranchera la même question juridique de la même façon dans une affaire ultérieure.

(Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier inoxydable (Mexique)*, paragraphes 158 et 160 (notes de bas de page omises))

⁴⁷⁰ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 383.

⁴⁷¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 390. (pas d'italique dans l'original)

261. L'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* dispose ce qui suit:

Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:
a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions[.]

262. En nous fondant sur le texte de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*, nous estimons qu'une décision adoptée par les Membres peut être considérée comme un "accord ultérieur intervenu entre les parties" au sujet de l'interprétation d'un accord visé ou de l'application de ses dispositions si:
i) la décision est, au sens temporel, adoptée ultérieurement par rapport à l'accord visé pertinent; et
ii) les termes et la teneur de la décision expriment un *accord* entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application d'une disposition du droit de l'OMC.

263. S'agissant du premier élément, nous notons que la Décision ministérielle de Doha a été adoptée par consensus le 14 novembre 2001 à l'occasion de la quatrième Conférence ministérielle de l'OMC. Ainsi, il est incontestable que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha a été adopté ultérieurement par rapport à l'Accord de l'OMC en cause, l'*Accord OTC*. Pour ce qui est du deuxième élément, la question clé à laquelle il faut répondre est celle de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un *accord* entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

264. Nous rappelons que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha 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.

265. Pour répondre à la question de savoir si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha exprime un accord entre les Membres concernant l'interprétation ou l'application de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, nous trouvons des indications utiles dans le rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*. L'Organe d'appel a observé que la Commission du droit international ("CDI") avait décrit un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* "comme [un] autre *élément authentique d'interprétation* dont il faut tenir compte en même temps que du contexte". Selon lui, "en faisant référence à une "interprétation authentique", la CDI [interprétait]

l'article 31 3) a) comme visant *les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité*".⁴⁷² Nous examinerons donc si le paragraphe 5.2 influe spécifiquement sur l'interprétation de l'article 2.12 de l'Accord OTC.

266. Le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha fait explicitement référence à l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC et définit ce délai comme étant "normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés" par un règlement technique. Compte tenu des termes et de la teneur du paragraphe 5.2, nous ne pouvons pas discerner de fonction du paragraphe 5.2 autre que d'interpréter l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC. Nous estimons par conséquent que le paragraphe 5.2 *influe spécifiquement* sur l'interprétation de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC. Nous examinons maintenant si le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha traduit un "accord" intervenu entre les Membres – au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* – au sujet de l'interprétation de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC.

267. Nous notons que le texte de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* n'établit pas de prescription quant à la forme qu'un "accord ultérieur intervenu entre les parties" devrait prendre. Nous estimons donc que le terme "accord" figurant à l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* se réfère, fondamentalement, à la substance plutôt qu'à la forme. Ainsi, à notre avis, le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha peut être qualifié d'"accord ultérieur" au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* à condition qu'il exprime clairement une communauté de vues et une acceptation de cette communauté de vues entre les Membres au sujet du sens de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC. Pour déterminer si c'est le cas, nous estimons que les termes et la teneur du paragraphe 5.2 ont un caractère dispositif. À ce propos, nous notons que la communauté de vues entre les Membres au sujet du sens de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC est exprimée par les termes "sera interprétée comme signifiant", qui ne peuvent pas être considérés comme étant simplement incitatifs.

268. Pour les raisons qui précèdent, nous *confirmons* la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.576 de son rapport, selon laquelle le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constitue un accord ultérieur intervenu entre les parties, au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* au sujet de l'interprétation de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'Accord OTC.

⁴⁷² CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis), paragraphe 390. (pas d'italique dans l'original)

269. Compte tenu du fait que nous avons qualifié le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha d'accord ultérieur intervenu entre les parties au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*, nous examinons maintenant le sens de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* à la lumière de la clarification de l'expression "délai raisonnable" donnée au paragraphe 5.2. Nous observons que, dans ses commentaires sur le *projet d'articles sur le droit des traités*, la CDI dit qu'un accord ultérieur intervenu entre les parties au sens de l'article 31 3) a) "doit être réputé[] incorporé[] au traité aux fins de son interprétation".⁴⁷³ Selon nous, bien que les termes du paragraphe 5.2 doivent être "incorporé[s]" à l'article 2.12 aux fins de l'interprétation de cette disposition, cela ne signifie pas que les termes du paragraphe 5.2 remplacent ou priment les termes de l'article 2.12. En revanche, les termes du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constituent une clarification interprétative qui doit être prise en compte dans l'interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

270. L'article 2.12 de l'*Accord OTC* dispose ce qui 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.

271. Le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha 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.

272. Nous notons, comme l'a fait le Groupe spécial, que 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 des règlements techniques du Membre importateur.⁴⁷⁴ À notre avis, le terme "normalement" employé au paragraphe 5.2 a trait à la raison d'être de l'obligation énoncée à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. Vu sous cet angle, le terme "normalement" constitue le lien

⁴⁷³ *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*. Texte adopté par la CDI à sa dix-huitième session, en 1966, et soumis à l'Assemblée générale des Nations Unies dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (paragraphe 38). Le rapport de la CDI, qui contient également des commentaires sur le projet d'articles, est reproduit dans l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, page 225.

⁴⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.582.

interprétatif entre l'article 2.12, d'une part, et le paragraphe 5.2, d'autre part. Nous estimons donc que, compte tenu de la clarification interprétative apportée par le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, l'article 2.12 de l'*Accord OTC* établit une règle selon laquelle, "normalement", les producteurs dans les Membres exportateurs ont besoin d'une période "qui ne sera pas inférieure à six mois" pour adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences d'un règlement technique du Membre importateur.

273. En appel, les États-Unis font valoir que l'utilisation du terme "normalement" au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha n'étaye pas la conclusion selon laquelle le paragraphe 5.2 représente une règle.⁴⁷⁵ Nous observons que le sens ordinaire du terme "normally" (normalement) est défini comme étant "under normal or ordinary conditions; as a rule" (dans des conditions normales ou habituelles; en règle générale).⁴⁷⁶ À notre avis, le fait de nuancer une obligation par l'adverbe "normalement" ne modifie pas nécessairement la qualification de cette obligation comme constituant une "règle". Par contre, nous estimons que l'utilisation du terme "normalement" au paragraphe 5.2 indique que la règle établissant que les producteurs étrangers ont besoin d'un délai minimal "pas inférieur[] à six mois" pour s'adapter aux exigences d'un règlement technique admet une dérogation, dans certaines circonstances.

274. L'obligation imposée aux Membres par l'article 2.12 de ménager un "délai raisonnable" entre la publication et l'entrée en vigueur de leurs règlements techniques concilie soigneusement les intérêts, d'une part, du Membre exportateur dont les producteurs pourraient être affectés par un règlement technique et, d'autre part, du Membre importateur qui recherche un objectif légitime au moyen d'un règlement technique. Pour ce qui est du premier, l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, tel qu'il est clarifié par le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, établit une règle selon laquelle, "normalement", les producteurs des Membres exportateurs ont besoin d'une période d'au moins six mois pour adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences d'un règlement technique du Membre importateur. Ainsi, l'article 2.12 présume que les producteurs étrangers dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, ont besoin d'au moins six mois pour s'adapter aux exigences d'un règlement technique d'un Membre importateur.

275. S'agissant des intérêts du Membre importateur, nous rappelons que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha tempère l'obligation de ménager un "délai raisonnable" pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur d'un règlement technique en stipulant que cette obligation s'applique "sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés"

⁴⁷⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 127.

⁴⁷⁶ *Shorter Oxford English Dictionary*, 6th edn, A. Stevenson (ed.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 2, page 1945.

par le règlement technique. Ainsi, bien que l'article 2.12 de l'Accord OTC impose aux Membres importateurs l'obligation de ménager un "délai raisonnable" pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur d'un règlement technique, un Membre importateur peut déroger à cette obligation au cas où le délai en question "ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés" par le règlement technique.

C. *Constatation du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'Accord OTC*

276. Nous examinons maintenant l'allégation formulée par les États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Indonésie avait établi des éléments *prima facie* montrant qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12 de l'Accord OTC, que les États-Unis n'ont pas réfutés. Les États-Unis avancent essentiellement deux arguments à l'appui de leur allégation selon laquelle le Groupe spécial a constaté à tort que l'Indonésie avait établi *prima facie* qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12 de l'Accord OTC. Premièrement, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Indonésie avait établi des éléments *prima facie* parce que l'Indonésie n'avait pas établi que le délai de trois mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) a) de la FFDCA était déraisonnable compte tenu de son incidence sur la capacité des producteurs indonésiens de s'adapter aux exigences de cette mesure.⁴⁷⁷ Deuxièmement, les États-Unis font valoir que, même à supposer pour les besoins de l'argumentation que le Groupe spécial ait eu raison de décider que les éléments *prima facie* pouvaient être tirés exclusivement du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Indonésie avait "réussi à établir ces éléments".⁴⁷⁸

277. Selon les États-Unis, au vu des éléments figurant dans le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, l'Indonésie "devrait, à l'aide d'éléments de preuve et d'arguments, établir" *prima facie* que: i) des "circonstances d'urgence" n'existaient pas; ii) le délai était inférieur à six mois; iii) "il s'agissait d'une situation "normale""; et iv) le fait de ménager un délai d'au moins six mois n'empêcherait pas d'atteindre l'objectif recherché par l'article 907 a) 1) A).⁴⁷⁹ L'Indonésie, en réponse, fait valoir qu'elle a bien établi "*prima facie* que le délai de 90 jours accordé par les États-Unis était notablement plus court que les six mois" normalement requis.⁴⁸⁰

278. Les États-Unis et l'Indonésie ne sont pas d'accord sur les éléments *prima facie* qu'un Membre plaignant est tenu d'établir au regard de l'article 2.12 de l'Accord OTC. De plus, il apparaît que la

⁴⁷⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 132 à 134.

⁴⁷⁸ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 135.

⁴⁷⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 136.

⁴⁸⁰ Communication de l'Indonésie en tant qu'intimé, paragraphe 237.

divergence provient du fait que les États-Unis et l'Indonésie attribuent une valeur interprétative différente au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha. À ce sujet, nous notons que les États-Unis font valoir que les éléments *prima facie* montrant qu'il y a incompatibilité avec l'article 2.12 doivent être tirés du texte de l'article 2.12, mais que, "[m]ême à supposer pour les besoins de l'argumentation que le Groupe spécial" puisse tirer les éléments *prima facie* du paragraphe 5.2, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'Indonésie avait établi ces éléments.⁴⁸¹

279. Nous ne considérons pas que les éléments *prima facie* montrant qu'il y a incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC* doivent être tirés exclusivement des termes de l'article 2.12, d'une part, ou du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, d'autre part. L'article 2.12 impose aux Membres importateurs l'obligation de ménager un "délai raisonnable" entre la publication et l'entrée en vigueur de leurs règlements techniques. Nous rappelons notre constatation ci-dessus selon laquelle le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constitue un accord ultérieur intervenu entre les parties, au sens de l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*, concernant l'interprétation de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. Partant, il nous semble que les éléments *prima facie* montrant qu'il y a incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC* doivent être tirés d'une interprétation correcte de l'article 2.12, compte tenu – conformément à l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* – de la clarification interprétative apportée par les termes du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha.

280. Nous rappelons d'autre part notre constatation ci-dessus selon laquelle l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, correctement interprété à la lumière du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, établit une règle selon laquelle, "normalement", les producteurs dans les Membres exportateurs ont besoin d'une période d'au moins six mois pour adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences d'un règlement technique du Membre importateur. En nous fondant sur notre interprétation de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, nous estimons que des éléments *prima facie* montrant qu'il y a incompatibilité avec l'article 2.12 sont établis lorsqu'il est démontré qu'un Membre importateur n'a pas ménagé un délai pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur du règlement technique en cause.

281. Conformément aux règles générales relatives à la charge de la preuve mentionnées dans le rapport *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, nous estimons que, au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, il incombe au Membre plaignant d'établir que le Membre défendeur n'a pas ménagé un délai pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur du règlement technique en

⁴⁸¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 135.

cause.⁴⁸² Si le Membre plaignant montre *prima facie* qu'il y a incompatibilité, c'est au Membre défendeur qu'il incombe de réfuter ces éléments *prima facie* montrant qu'il y a incompatibilité avec l'article 2.12. Nous rappelons que, dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, l'Organe d'appel a dit que "la quantité et la nature précises des éléments de preuve" qui [seraient] nécessaires pour établir des éléments *prima facie* "varier[aient] forcément d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre".⁴⁸³ Nous considérons que, de même, ce raisonnement s'applique en ce qui concerne la quantité et la nature des éléments de preuve nécessaires pour *réfuter* des éléments montrant *prima facie* qu'il y a incompatibilité.

282. Le texte de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* lu à la lumière du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha donne une indication de la nature des éléments de preuve qui sont nécessaires pour réfuter des éléments montrant *prima facie* qu'il y a incompatibilité avec cette disposition. Premièrement, l'article 2.12 de l'*Accord OTC* exclut de l'obligation de ménager un "délai raisonnable" entre la publication et l'entrée en vigueur des règlements techniques "les circonstances d'urgence" visées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC*. Par conséquent, si "des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale" se posent à un Membre qui met en œuvre un règlement technique, une période de six mois ou plus ne peut pas être considérée comme un "délai raisonnable" au sens de l'article 2.12. Deuxièmement, l'article 2.12 dispose expressément que la raison pour laquelle un "délai raisonnable" 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 règlement technique du Membre importateur. Si ces producteurs peuvent adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du règlement technique d'un Membre importateur en moins de six mois, une période de six mois ou plus ne peut pas être considérée comme un "délai raisonnable", au sens de l'article 2.12. Troisièmement, le paragraphe 5.2 autorise un Membre importateur à déroger à l'obligation de ménager un "délai raisonnable", "normalement" pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de son règlement technique, au cas où ce délai "ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés" par son

⁴⁸² Dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, l'Organe d'appel a énoncé les règles générales visant la charge de la preuve en disant ce qui suit:

... 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.

(Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16)

⁴⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

règlement technique. En conséquence, une période "pas inférieure à six mois" ne peut pas être considérée comme un "délai raisonnable", au sens de l'article 2.12, si cette période ne permet pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés par le règlement technique en cause.

283. Ainsi, compte tenu de ce qui précède, nous considérons que, pour réfuter des éléments montrant *prima facie* qu'il y a incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, un Membre défendeur qui a ménagé un délai inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de son règlement technique doit présenter des éléments de preuve et des arguments suffisants pour établir *soit*: i) que les "circonstances d'urgence" visées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* existaient au moment de l'adoption du règlement technique en cause; ii) que les producteurs du Membre plaignant auraient pu s'adapter aux exigences du règlement technique en cause dans le délai plus court qu'il a ménagé; *soit* iii) qu'une période "pas inférieure à" six mois ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes de son règlement technique.

284. Le Groupe spécial a constaté que l'Indonésie avait 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)".⁴⁸⁴ Ainsi, de l'avis du Groupe spécial, il incombait à l'Indonésie d'établir *prima facie* qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, y compris d'établir qu'une période d'au moins six mois entre la 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). Les États-Unis font valoir que l'Indonésie n'a pas établi les éléments *prima facie* en question. Se fondant sur la décision rendue par l'Organe d'appel au sujet de la charge de la preuve dans le cadre de l'article 2.4 de l'*Accord OTC* dans l'affaire *CE – Sardines*, les États-Unis font valoir en appel qu'il incombe au Membre plaignant de fournir des éléments de preuve et des arguments suffisants pour établir qu'un délai pas inférieur à six mois permettrait d'atteindre les objectifs du règlement technique en cause.⁴⁸⁵

285. Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a examiné l'attribution de la charge de la preuve dans le cadre d'une allégation d'incompatibilité avec l'article 2.4 de l'*Accord OTC*. Selon nous, le fait que deux dispositions présentent un certain degré de similarité structurelle ne justifie pas *nécessairement* de conclure que l'attribution de la charge de la preuve doit être identique pour chaque disposition.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.592.

⁴⁸⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 143 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE - Sardines*, paragraphe 288).

⁴⁸⁶ Nous ne disons pas que le fait que la charge de la preuve est attribuée d'une manière particulière en ce qui concerne une disposition particulière des accords visés n'est pas une considération pertinente pour

286. Nous rappelons l'avis que nous avons exprimé ci-dessus selon lequel les éléments *prima facie* montrant qu'il y a incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC* doivent être tirés d'une interprétation correcte de l'article 2.12, compte tenu – conformément à l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne* – de la clarification interprétative apportée par les termes du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha. D'une façon très similaire, la manière dont la charge de la preuve est attribuée au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* doit être éclairée par une interprétation qui analyse correctement le texte, le contexte, ainsi que l'objet et le but de l'article 2.12. À notre avis, la charge de la preuve en ce qui concerne une disposition particulière des accords visés *ne peut pas* être interprétée isolément de la logique globale de cette disposition et de la fonction qu'elle est censée avoir. Au contraire, c'est en tenant compte de la fonction et de la justification d'une disposition particulière qu'un organe juridictionnel peut, judicieusement, évaluer la manière dont la charge de la preuve devrait être attribuée au titre de cette disposition.

287. Nous rappelons que 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 d'un règlement technique du Membre importateur. Selon ses propres termes, l'article 2.12 désigne les producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier, dans les pays en développement Membres, comme étant les bénéficiaires d'un "délai raisonnable" entre la publication et l'entrée en vigueur d'un règlement technique d'un Membre importateur. Ainsi, la notion de "délai raisonnable" au sens de l'article 2.12 est censée offrir un certain degré de certitude aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, pour ce qui est du délai dans lequel on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un règlement technique entre en vigueur.

288. Le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha apporte une clarification interprétative de la notion de "délai raisonnable" au sens de l'article 2.12 en établissant une règle selon laquelle les producteurs dans les Membres exportateurs ont besoin d'une période d'au moins six mois pour adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences d'un règlement technique du Membre importateur. Le paragraphe 5.2 renforce donc le degré de certitude que la notion de "délai raisonnable" est censée offrir aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, pour ce qui est du délai dans lequel on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un règlement technique entre en vigueur.

discerner comment la charge de la preuve est attribuée dans le cadre d'une disposition similaire des accords visés. Par contre, nous disons que la similarité conceptuelle ou structurelle de deux dispositions ne nécessite pas, en elle-même, de conclure que la charge de la preuve en ce qui concerne les deux dispositions doit être attribuée d'une manière identique.

289. La règle visée à l'article 2.12, telle qu'elle est clarifiée par le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, est expressément destinée à laisser aux producteurs dans le Membre plaignant, en particulier dans un pays en développement Membre plaignant, suffisamment de temps pour adapter leurs produits ou méthodes de production aux exigences d'un règlement technique du Membre défendeur. Ainsi, il nous semble que, lorsqu'un Membre défendeur cherche à s'écarter de la règle, qui, selon ses propres termes, désigne les producteurs dans le Membre plaignant comme étant les bénéficiaires d'un "délai raisonnable" entre la publication et l'entrée en vigueur d'un règlement technique, le Membre défendeur doit supporter la charge d'établir *prima facie* que les conditions auxquelles les dérogations à la règle sont autorisées existent. Nous ne partageons donc pas l'avis du Groupe spécial selon lequel il incombait à l'Indonésie d'établir *prima facie* qu'une période d'au moins six mois entre la 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). Par contre, nous considérons que, au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, tel qu'il est clarifié par le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, il incombe au Membre défendeur d'établir *prima facie* qu'un délai pas inférieur à six mois "ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés" par son règlement technique.

290. En résumé, au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, tel qu'il est clarifié par le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, un Membre plaignant est tenu d'établir *prima facie* que le Membre défendeur n'a pas ménagé une période d'au moins six mois entre la publication et l'entrée en vigueur du règlement technique en cause. Si le Membre plaignant établit ces éléments *prima facie*, il incombe au Membre défendeur qui a ménagé un délai inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de son règlement technique d'établir *soit*: i) que les "circonstances d'urgence" visées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* existaient au moment de l'adoption du règlement technique en cause; ii) que les producteurs du Membre plaignant auraient pu s'adapter aux exigences du règlement technique en cause dans le délai plus court qu'il a ménagé; *soit* iii) qu'une période "pas inférieure à" six mois ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes de son règlement technique.

291. Pour établir *prima facie* qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, l'Indonésie était tenue d'établir que les États-Unis n'avaient pas ménagé un délai d'au moins six mois entre la publication et l'entrée en vigueur du règlement technique en cause. À ce sujet, nous notons la constatation du Groupe spécial selon laquelle le délai effectif ménagé par les États-Unis entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) était un "délai de 90 jours ou de trois mois".⁴⁸⁷ Nous souscrivons donc à l'avis du Groupe spécial selon lequel l'Indonésie a établi *prima facie* qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

⁴⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.567.

292. Pour réfuter les éléments *prima facie* montrant qu'il y avait incompatibilité avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC* établis par l'Indonésie, les États-Unis étaient tenus de présenter des éléments de preuve et des arguments suffisants pour établir soit: i) que les "circonstances d'urgence" visées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* existaient au moment de l'adoption de l'article 907 a) 1) A); ii) que les producteurs en Indonésie auraient pu s'adapter aux exigences de l'article 907 a) 1) A) dans un délai de trois mois; soit iii) qu'une période "pas inférieure à" six mois ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes de l'article 907 a) 1) A).

293. Pour ce qui est de la question de savoir si les "circonstances d'urgence" visées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* existaient au moment de l'adoption de l'article 907 a) 1) A), nous notons que le Groupe spécial a constaté que, "[e]n 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)", il ne pouvait "que conclure que ces circonstances urgentes n'existaient pas".⁴⁸⁸ Ainsi, les États-Unis n'ont pas soutenu que les "circonstances d'urgence" visées à l'article 2.10 existaient au moment de l'adoption de l'article 907 a) 1) A).

294. S'agissant de la question de savoir si les producteurs en Indonésie auraient pu s'adapter aux exigences de l'article 907 a) 1) A) dans un délai de trois mois, les États-Unis ont fait valoir devant le Groupe spécial que "les producteurs indonésiens [avaient été] et [étaient] en mesure de commercialiser des cigarettes aromatisées au tabac et des cigarettes aromatisées au menthol sur le marché des États-Unis" et que "les producteurs indonésiens, même 16 mois après la promulgation de la FSPTCA, n'[avaient] pas adapté leurs lignes de production pour produire des cigarettes aromatisées au tabac ou au menthol".⁴⁸⁹ 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".⁴⁹⁰ En appel, les États-Unis soutiennent que "[c]es éléments de preuve et arguments" étaient suffisants pour réfuter les éléments *prima facie* que, selon la constatation du Groupe spécial, l'Indonésie avait établis.⁴⁹¹ Nous ne sommes pas convaincus que les éléments de preuve et arguments présentés au Groupe spécial par les États-Unis étaient suffisants pour établir que les producteurs en Indonésie auraient pu s'adapter aux exigences de l'article 907 a) 1) A) dans un délai de trois mois. Contrairement à ce que les États-Unis font valoir, le fait que les producteurs indonésiens ne s'étaient pas adaptés aux exigences de l'article 907 a) 1) A)

⁴⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.507.

⁴⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.583 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 303).

⁴⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.583.

⁴⁹¹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 153.

16 mois après son entrée en vigueur est un élément de preuve qui indique que les producteurs indonésien avaient besoin d'un délai notablement plus long que les trois mois accordés par les États-Unis. Les États-Unis n'ont donc pas établi que les producteurs en Indonésie auraient pu s'adapter aux exigences de l'article 907 a) 1) A) dans un délai de trois mois.

295. Nous examinons maintenant si les États-Unis ont établi, à l'aide d'éléments de preuve et d'arguments suffisants, qu'un délai d'au moins six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) ne permettrait pas d'atteindre l'objectif légitime recherché par l'article 907 a) 1) A). Nous notons que le Groupe spécial a dit que les États-Unis n'avaient pas expliqué "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) permettait d'atteindre l'objectif recherché par l'article 907 a) 1) A), alors qu'un délai de six mois ne le permettrait pas".⁴⁹² Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont fait valoir que la FSPTCA "répond[ait] directement à un problème grave – le tabagisme chez les jeunes" et que "le Congrès entendait limiter ce comportement dans toute la mesure du possible".⁴⁹³ Même si les arguments avancés par les États-Unis devant le Groupe spécial identifient l'objectif légitime de l'article 907 a) 1) A), ces arguments sont insuffisants pour établir que le fait de ménager un délai pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif légitime de l'article 907 a) 1) A).

296. Ainsi, bien que nous ne souscrivions pas à l'avis du Groupe spécial selon lequel il incombait à l'Indonésie d'établir *prima facie* qu'un délai d'au moins six mois entre la publication de la FSPTCA et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) n'empêcherait pas d'atteindre l'objectif recherché par l'article 907 a) 1) A), nous partageons néanmoins le point de vue du Groupe spécial selon lequel les États-Unis n'ont pas établi qu'un délai d'au moins six mois entre la publication et l'entrée en vigueur ne permettrait pas d'atteindre l'objectif légitime recherché par l'article 907 a) 1) A). En conséquence, nous reconnaissons avec le Groupe spécial que les États-Unis n'ont pas réfuté les éléments *prima facie* montrant qu'il y avait incompatibilité que l'Indonésie a établis au titre de l'article 2.12 de l'Accord OTC.

297. Compte tenu des raisons qui précèdent, nous *confirmons*, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.595 et 8.1 h) de son rapport, selon laquelle, 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) de la FFDCA, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'Accord OTC.

⁴⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.593.

⁴⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.588 (faisant référence à la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 302).

VII. Constatations et conclusions

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

- a) S'agissant de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*:
 - i) confirme, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.248 de son rapport, selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*;
 - ii) constate que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son analyse des goûts et habitudes des consommateurs;
 - iii) confirme, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.292 de son rapport, selon laquelle, en interdisant les cigarettes aux clous de girofle tout en exemptant les cigarettes mentholées de l'interdiction, l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA accorde aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes mentholées nationales, au sens de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*;
 - iv) constate que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son analyse relative au traitement moins favorable; et, par conséquent,
 - v) confirme, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.293 et 8.1 b) de son rapport, selon laquelle l'article 907 a) 1) A) de la FFDCA 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 qui est accordé aux cigarettes mentholées similaires d'origine nationale; et
- b) S'agissant de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*:
 - i) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.576 de son rapport, selon laquelle le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha constitue un accord ultérieur intervenu entre les parties, au sens de

l'article 31 3) a) de la *Convention de Vienne*, sur l'interprétation de l'expression "délai raisonnable" employée à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*; et

- ii) confirme, quoique pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.595 et 8.1 h) de son rapport, selon laquelle, 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) de la FFDCA, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

299. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande aux États-Unis de rendre leur mesure, dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial, modifié par le présent rapport, qu'elle était incompatible avec l'*Accord OTC*, conforme à leurs obligations au titre de cet accord.

Texte original signé à Genève le 22 mars 2012 par:

Shotaro Oshima
Président de la Section

Ricardo Ramírez-Hernández
Membre

Peter Van den Bossche
Membre

ANNEXE I

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS406/6
10 janvier 2012

(12-0103)

Original: anglais

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

Notification d'un appel présentée par les États-Unis au titre de l'article 16:4
et de l'article 17 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures
régissant le règlement des différends (le "Mémoire d'accord")
et de la règle 20 1) des Procédures de travail pour
l'examen en appel

La notification ci-après, datée du 5 janvier 2012 et adressée par la délégation des États-Unis, est distribuée aux Membres.

Conformément à l'article 16 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémoire d'accord") et à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, les États-Unis notifient par la présente leur décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le Groupe spécial dans son rapport *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle* (WT/DS406/R) (le "rapport du Groupe spécial") et de certaines interprétations du droit formulées par le Groupe spécial.

1. Les États-Unis demandent que soit examinée la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial (la "Loi sur le contrôle du tabac")¹ est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (l'"Accord OTC").² Les États-Unis font appel de cette constatation en invoquant une série d'interprétations erronées du droit formulées par le Groupe spécial et l'absence d'une évaluation objective des faits de la cause par le Groupe spécial qui est requise à l'article 11 du Mémoire d'accord.

2. Les États-Unis demandent que soit examinée la constatation du Groupe spécial selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires.³ Lorsqu'il

¹ La Loi sur le contrôle du tabac a été adoptée en juin 2009 et a pris effet en septembre 2009 en tant que modification de la Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques, 21 U.S.C. §387g a) 1) A).

² Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.293, 8.1 b).

³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.248.

a formulé cette constatation erronée, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation juridique de l'article 2.1 en excluant, *a priori*, des éléments de preuve relatifs à des critères particuliers et en n'analysant pas chaque critère complètement.⁴ En particulier, le Groupe spécial a fait erreur en n'effectuant pas une analyse complète des utilisations finales⁵ des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées et en n'effectuant pas une analyse complète des goûts et habitudes des consommateurs.⁶ Lorsqu'il a formulé cette interprétation juridique erronée, le Groupe spécial a aussi agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en ne procédant pas à une évaluation objective des faits de la cause puisqu'il a refusé d'examiner certains éléments de preuve relatifs aux goûts et habitudes des consommateurs.⁷

3. Les États-Unis demandent aussi que soit examinée la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 907 a) 1) A) accorde un traitement moins favorable aux cigarettes aux clous de girofle importées.⁸ Lorsqu'il a formulé cette constatation, le Groupe spécial a fait erreur dans ses interprétations du droit, selon lesquelles les seuls produits à comparer étaient les cigarettes aux clous de girofle importées et les cigarettes mentholées nationales⁹, et selon lesquelles l'effet de l'article 907 a) 1) A) sur la production des États-Unis pouvait être évalué en examinant seulement les produits qui étaient sur le marché au moment où la mesure a pris effet.¹⁰ Le Groupe spécial a aussi fait erreur en appliquant un cadre juridique incorrect pour évaluer si le préjudice allégué s'agissant des conditions de concurrence pour les cigarettes aux clous de girofle pouvait s'expliquer par des facteurs ou circonstances sans rapport avec l'origine étrangère des produits.¹¹ Lorsqu'il a formulé ces interprétations erronées du droit, le Groupe spécial a aussi agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord puisqu'il n'a pas procédé à une évaluation objective des faits de la cause en constatant que, au moment de l'interdiction, il n'y avait pas d'autres cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants que les cigarettes mentholées¹², et que l'article 907 a) 1) A) n'imposait aucun coût à quelque entité des États-Unis que ce soit.¹³

4. Les États-Unis demandent que l'Organe d'appel examine la conclusion du Groupe spécial et les constatations connexes selon lesquelles 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.¹⁴ Cette conclusion est erronée et fondée sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations du droit concernant l'article 2.12 de l'Accord OTC.¹⁵

5. Enfin, les États-Unis forment aussi un appel conditionnel concernant l'analyse juridique faite par le Groupe spécial au sujet des allégations formulées par l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Si l'Indonésie devait demander que l'Organe d'appel examine les constatations du Groupe spécial concernant ses allégations au titre de l'article 2.2, les États-Unis demanderaient que l'Organe d'appel examine la constatation du Groupe spécial selon laquelle il pouvait tenir compte de la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 lors de l'évaluation de la compatibilité de l'article 907 a) 1) A) avec la prescription

⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.116, 7.119, 7.197 à 7.199, 7.206, 7.209, 7.210, 7.214, 7.230 et 7.231.

⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.197 à 7.199.

⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.116, 7.119, 7.206 à 7.232.

⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.210.

⁸ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.292.

⁹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.274, 7.277.

¹⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

¹¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.269, 7.286 à 7.291.

¹² Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

¹³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289.

¹⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.595, 8.1 h).

¹⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.561 à 7.595.

voulant que les règlements techniques ne soient "pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime ...".¹⁶ Même si les États-Unis souscrivent à la dernière conclusion figurant dans le rapport du Groupe spécial concernant les allégations de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, ils estiment que l'analyse de cet aspect particulier faite par le Groupe spécial repose sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit concernant l'article 2.2 de l'Accord OTC.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.351 à 7.369.