ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS406/R
2 septembre 2011

(11-4166)

Original: anglais

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

Rapport du Groupe spécial

TABLE DES MATIÈRES

Page

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

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

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

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

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

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ABRÉVIATIONS

Accord OTC	*Accord sur les obstacles techniques au commerce*
Accord SPS	*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*
Convention de Vienne	Convention de Vienne sur le droit des traités
COP	Conférence des Parties de l'OMS
CTP	Centre des produits du tabac
Directive de la FDA	*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).
Directives partielles de l'OMS	*Directives partielles pour l'application des articles 9 et 10 de la Convention* [FCTC] *de l'OMS*
FCTC	*Convention-cadre pour la lutte antitabac*
FDA	Agence des médicaments et des produits alimentaires
FFDCA	*Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques*
FSPTCA	*Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial*
GATT de 1994	*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*
NSDUH	Enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé
NYTS	Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMS	Organisation mondiale de la santé
Rapport de la Chambre	Rapport de la Commission de l'énergie et du commerce de la Chambre des représentants, H.R. N°. 111-58, Pt. 1 (2009)
TPSAC	Comité consultatif scientifique des produits du tabac

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE A

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES PREMIÈRES COMMUNICATIONS ÉCRITES DES PARTIES

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

ANNEXE B

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES COMMUNICATIONS DES TIERCES PARTIES

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

ANNEXE C

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES DEUXIÈMES COMMUNICATIONS ÉCRITES DES PARTIES

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

ANNEXE D

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

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

ANNEXE E

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

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

I. INTRODUCTION

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

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

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

1.4 Le mandat du Groupe spécial est le suivant:

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

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

Président: M. Ronald Saborío Soto

Membres: M. Ichiro Araki
M. Hugo Cayrús

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

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

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

[1] WT/DS406/1.
[2] WT/DS406/2.

II. ASPECTS FACTUELS

A. INTRODUCTION

2.1 Le présent différend concerne une mesure de lutte antitabac[3] adoptée par les États-Unis qui prohibe les cigarettes ayant des arômes caractérisants, autres que le tabac ou le menthol.

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

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

B. MESURE EN CAUSE

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

> "ARTICLE 907. NORMES RELATIVES AUX PRODUITS DU TABAC.
>
> a) RÈGLE GÉNÉRALE.–
>
> 1) RÈGLES SPÉCIALES.–
>
> A) RÈGLE SPÉCIALE POUR LES CIGARETTES.– À compter de trois mois après la date de promulgation de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial, aucune cigarette ni aucun des composants d'une cigarette (y compris le tabac, le filtre ou le papier) ne contiendra, en tant que constituant (y compris en tant que constituant de la fumée) ou additif, un arôme artificiel ou naturel (autre que le tabac ou le menthol) ou un extrait végétal ou une épice, y compris la fraise, le raisin, l'orange, le clou de girofle, la cannelle, l'ananas, la vanille, la noix de coco, la réglisse, le cacao, le chocolat, la cerise ou le café, qui soit un arôme caractérisant du produit du tabac ou de la fumée de tabac. Aucune disposition du présent alinéa ne sera interprétée comme limitant le pouvoir du Secrétaire de prendre, au titre du présent article ou d'autres articles de la présente loi, des mesures

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

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

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

2.5 La FSPTCA a été promulguée aux États-Unis le 22 juin 2009.[6] Comme le stipule son texte, l'article 907 a) 1) A) est entré en vigueur trois mois après la promulgation de la FSPTCA, c'est-à-dire le 22 septembre 2009.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

[8] Pièce US-67, page 14.

[9] Pièce US-67, page 37.

[10] Directive, avertissement (pièce IND-41).

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

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

> "**3) Cigarette**
>
> Le terme "cigarette" –
>
> **A)** s'entend d'un produit qui –
>
> **i)** est un produit du tabac; et
>
> **ii)** répond à la définition du terme "cigarette" donnée à l'article 3 1) de la Loi fédérale sur l'étiquetage et la publicité des cigarettes; et
>
> **B)** englobe le tabac, sous quelque forme que ce soit, ayant une fonction dans le produit, qui, du fait de son apparence, du type de tabac utilisé dans le scaferlati ou de son emballage et de son étiquetage, est susceptible d'être proposé aux consommateurs, ou acheté par ceux-ci, en tant que cigarette ou que tabac à rouler.
>
> **4) Tabac à cigarettes**
>
> Le terme "tabac à cigarettes" s'entend de tout produit qui consiste en du tabac en vrac destiné à être utilisé par les consommateurs dans une cigarette. Sauf indication contraire, les prescriptions applicables aux cigarettes au titre du présent sous-chapitre s'appliqueront aussi au tabac à cigarettes."[13]

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

> "**1)** le terme "cigarette" s'entend de –
>
> **A)** tout rouleau de tabac enveloppé dans du papier ou dans toute substance ne contenant pas de tabac, et
>
> **B)** tout rouleau de tabac enveloppé dans toute substance contenant du tabac qui, du fait de son apparence, du type de tabac utilisé dans le scaferlati ou de son emballage

[11] Directive, réponse à la question n° 1 (pièce IND-41). Voir aussi FDA Advisory – *Flavored Tobacco Products; What you need to know* (pièce IND-25).
[12] Directive, réponse à la question n° 2 (pièce IND-41).
[13] Directive, réponse à la question n° 2 (pièce IND-41).

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

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

C. CONTEXTE FACTUEL

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

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

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

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

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

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

[14] Directive, réponse à la question n° 2 (pièce IND-41).
[15] Directive, réponse aux questions n° 3 et 4 (pièce IND-41).
[16] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 79.
[17] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 80.
[18] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 81.
[19] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 83 et 84.
[20] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 85 à 88.

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

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

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

2.18 En réponse, le Congrès des États-Unis a élaboré une législation destinée spécifiquement à donner pouvoir à la FDA et a ordonné à celle-ci d'appliquer aux produits du tabac une norme différente de celle qui s'appliquait à tout autre produit ou dispositif qu'elle réglementait. À la suite de la décision rendue en 2000 par la Cour suprême selon laquelle le critère "de sûreté et d'efficacité" ne pouvait pas être appliqué aux produits du tabac sans exiger le retrait de ces produits du marché, le Congrès des États-Unis a autorisé la FDA à réglementer ces produits "selon qu'il sera[] approprié pour protéger la santé publique".[27] Un projet de loi interdisant les cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que le tabac ou le menthol a été présenté pour examen au Sénat et à la Chambre des représentants des États-Unis en 2004.[28] Le texte est passé par diverses versions au cours de la période 2004-2009, avant que sa version finale soit adoptée en 2009.[29]

b) Le champ d'application de la FSPTCA

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

[21] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 48 (pièce US-35).
[22] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 89 à 92.
[23] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 103 à 110.
[24] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 103.
[25] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 103 à 105.
[26] Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 134.
[27] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 106 à 110.
[28] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 308.
[29] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 90 et 308.
[30] H.R. 1256, chapeau de la Loi (pièce IND-1).

la législation fédérale des États-Unis[31] interdisant la production et la vente des cigarettes ayant certains arômes caractérisants, la FSPTCA impose des restrictions et des prescriptions importantes concernant la manière dont les produits du tabac sont fabriqués, commercialisés, distribués et vendus; elle habilite en outre la FDA à adopter des règlements supplémentaires selon qu'il sera approprié.[32]

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

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

2.22 La FSPTCA réglemente en outre la distribution et la vente des produits du tabac, par exemple, en fixant à 18 ans l'âge minimum requis à l'échelle fédérale pour ce qui est de la vente de cigarettes[37] et en interdisant en général les échantillons gratuits.[38] Dans l'historique de l'élaboration de la FSPTCA, il est indiqué ce qui suit:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

santé publique".[41] Dans son rapport de mars 2011, qu'il a remis à la FDA le 18 mars 2011[42], le TPSAC a indiqué que le "retrait des cigarettes mentholées du marché serait bénéfique pour la santé publique aux États-Unis".[43] Il a en outre proposé dans ce rapport qu'une évaluation plus poussée soit faite en ce qui concerne la contrebande des cigarettes mentholées et il a recommandé que des recherches soient menées afin de combler les lacunes sur les questions touchant les cigarettes mentholées et la santé publique. La FDA examinera plus en détail les recommandations faites par le TPSAC.[44]

2. Le marché des cigarettes aux États-Unis

2.24 La consommation de tabac aux États-Unis est importante. Environ 20[45] à 26[46] pour cent de la population adulte du pays et 12[47] à 19[48] pour cent des jeunes fument. Les ventes de cigarettes aux États-Unis ont représenté approximativement 360 milliards d'unités en 2007[49], 346 milliards d'unités en 2008 et 317 milliards d'unités en 2009.[50]

2.25 Au vu des données présentées par les parties, le Groupe spécial croit comprendre que la grande majorité des fumeurs des États-Unis consomment deux types de cigarettes: les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées.[51] En particulier, un quart des fumeurs environ fument des cigarettes mentholées.[52] La consommation de cigarettes aux clous de girofle a représenté approximativement 0,1 pour cent du marché des États-Unis entre 2000 et 2009.[53]

2.26 Les importations de cigarettes aux clous de girofle aux États-Unis ont représenté environ 470 millions de cigarettes en 2007, 430 millions de cigarettes en 2008 et 220 millions de cigarettes en 2009.[54] La valeur de ces importations était d'environ 16,2 millions de dollars EU en 2007,

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

[42] http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm247617.htm.

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

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

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

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

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

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

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

[50] Pièce US-100.

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

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

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

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

14,8 millions de dollars EU en 2008 et 7,5 millions de dollars EU en 2009.[55] Pendant ces trois années, presque toutes les cigarettes aux clous de girofle étaient importées d'Indonésie.[56]

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

2.28 En ce qui concerne les cigarettes ayant d'autres arômes caractérisants visés par l'article 907 a) 1) A), il n'y a aucun élément de preuve de l'existence d'une quelconque part de marché non négligeable aux États-Unis avant la mise en œuvre de l'interdiction, en 2009.[58]

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

2.29 Au cours de la procédure, les parties ont fait référence à la *Convention-cadre pour la lutte antitabac* ("FCTC"), traité international administré par l'Organisation mondiale de la santé ("OMS"), dans le cadre des efforts internationaux actuels visant à limiter le tabagisme.[59] La FCTC a été négociée pour répondre aux préoccupations liées à une épidémie mondiale de tabagisme, exacerbée par l'accroissement du commerce international du tabac et de l'investissement étranger direct.[60] Ce traité vise à réduire la demande et l'offre de tabac. Il prévoit des prescriptions concernant la présentation de rapports nationaux et des stratégies visant à faciliter l'ajustement structurel pour les personnes dont les moyens de subsistance dépendent de la production du tabac. La FCTC est entrée en vigueur en 2005. Elle compte actuellement 172 parties. Les États-Unis sont signataires[61] de la FCTC[62], mais l'Indonésie ne l'est pas.[63]

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

[55] Pièces US-100 et US-134.

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

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

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

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

[60] http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9242591017.pdf.

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

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

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

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

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

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

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

3.1 Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Indonésie demande au Groupe spécial de constater que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec les dispositions suivantes[69]:

a) l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et, à titre subsidiaire, l'article III:4 du GATT de 1994[70], parce qu'il aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui est accordé à un produit national similaire, les cigarettes mentholées;

---

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

[65] Section 1.2.1.1. ("Attractivité").

[66] Section 1.3 ("Emploi des termes").

[67] Section 3.1.2.1 ("Ingrédients – Généralités").

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

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

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

b) l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, parce qu'il est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime;

c) l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, parce que les États-Unis n'ont pas répondu aux questions visant à obtenir une explication et une justification de l'interdiction, que l'Indonésie a posées pendant les discussions bilatérales du 27 août 2009 et par l'intermédiaire du Comité OTC le 20 août 2009 (G/TBT/W/323);

d) l'article 2.8 de l'*Accord OTC*, parce que l'interdiction des cigarettes ayant des arômes caractérisants est fondée sur des caractéristiques descriptives;

e) l'article 2.9 de l'*Accord OTC*, parce que les États-Unis n'ont pas satisfait aux prescriptions de l'article 2.9.1, 2.9.2, 2.9.3 et 2.9.4 de cet accord lorsqu'ils ont adopté un règlement technique qui a un effet notable sur le commerce de l'Indonésie;

f) l'article 2.10 de l'*Accord OTC*, parce que, dans l'éventualité où les États-Unis ont pensé qu'il était justifié de ne pas suivre les procédures prévues à l'article 2.9 de cet accord, ils n'ont pas fourni au Secrétariat de notification indiquant la mesure et la nature urgente du problème;

g) l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, parce que les États-Unis n'ont pas ménagé un délai raisonnable entre la date de publication et la date d'entrée en vigueur de la mesure; et

h) l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, parce que l'interdiction des cigarettes ayant des arômes caractérisants a créé un obstacle non nécessaire aux exportations de l'Indonésie, pays en développement.

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

IV. ARGUMENTS DES PARTIES

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

V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

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

VI. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE

A. GÉNÉRALITÉS

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

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

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

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

B. OBSERVATIONS DES ÉTATS-UNIS SUR LE RAPPORT INTÉRIMAIRE

1. Aspects factuels

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.25 Les États-Unis estiment que cette modification clarifie davantage le libellé.

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

6.27 Le Groupe spécial accepte la suggestion des États-Unis et a modifié en conséquence le libellé du paragraphe 7.60 du rapport final.

6.28 S'agissant du paragraphe 7.64 du rapport intérimaire, les États-Unis suggèrent au Groupe spécial de modifier ce paragraphe comme suit:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.35 Ayant examiné la suggestion des États-Unis et les observations y relatives de l'Indonésie, le Groupe spécial estime, comme l'Indonésie, qu'il apparaît que le paragraphe 7 de la réponse[73] des États-Unis à la question n° 83 du Groupe spécial n'étaye pas leur demande. Au contraire, le libellé du paragraphe pertinent indique que les États-Unis faisaient une déclaration générale s'appliquant dans tous les cas. Le Groupe spécial s'abstient donc d'inclure les termes "dans le présent différend" à la fin de la phrase considérée. Néanmoins, il a supprimé les termes "dans tous les cas" afin de mieux rendre compte du libellé du paragraphe 7 de la réponse en question. La phrase pertinente du paragraphe 7.139 du rapport final est libellée comme suit: "Toutefois, nous ne partageons pas l'avis des États-Unis selon lequel l'indication du produit national similaire dans une demande d'établissement d'un groupe spécial n'est rien d'autre que de l'argumentation."

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

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

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

---

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

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

6.39 Ayant examiné la suggestion des États-Unis et les observations y relatives de l'Indonésie, le Groupe spécial est d'avis que le paragraphe 19 de la réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial[74] ne contient pas le texte qu'ils proposent. Le Groupe spécial s'abstient donc d'apporter la modification suggérée par les États-Unis, mais il a néanmoins ajouté le libellé suivant, extrait de cette réponse, au texte du paragraphe 7.170 du rapport final: "Ils expliquent que l'arôme conféré par la sauce fait partie de l'arôme essentiel et de l'identité des produits."

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

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

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

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

---

[74] Le paragraphe 19 est libellé comme suit:
"La sauce utilisée dans les cigarettes aux clous de girofle n'est pas un "sauçage" générique – c'est une recette spéciale essentielle à l'arôme spécifique des cigarettes aux clous de girofle. Il n'existe pas non plus d'éléments de preuve indiquant que la description de la sauce spéciale ajoutée aux cigarettes aux clous de girofle est simplement une stratégie de commercialisation passagère ou temporaire;[74] au lieu de cela, l'arôme conféré par la sauce fait partie de l'arôme essentiel et de l'identité des produits. L'Indonésie n'a pas présenté d'éléments de preuve concernant les ingrédients et l'arôme de la sauce pour réfuter ce que sa propre industrie soutient."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> ce point de vue, les États-Unis soulignent que l'article 907 a) 1) A) s'applique aux cigarettes ayant des arômes caractérisants, tant importées que nationales, qui forment une catégorie restreinte de cigarettes en général. En outre, l'interdiction ne s'applique pas aux cigarettes ordinaires ni aux cigarettes mentholées de quelque origine qu'elles soient, y compris les cigarettes ordinaires importées d'Indonésie et les cigarettes mentholées, tant importées que nationales.
>
> [Nouveau paragraphe 7.273]
>
> De l'avis des États-Unis, l'Indonésie a tort d'affirmer que l'article 907 a) 1 A) accorde un traitement moins favorable "si *une* cigarette indonésienne importée est incluse parmi les arômes caractérisants interdits et qu'*une* cigarette produite aux États-Unis ne l'est pas". [494] Pour les États-Unis, l'approche relative au "meilleur traitement" préconisée par l'Indonésie est incompatible avec le texte de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Les États-Unis estiment qu'en fait, comme l'a établi l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, la comparaison pertinente se fait entre le *groupe* des produits importés "similaires" et le *groupe* des produits nationaux "similaires". [495] Selon eux, l'Organe d'appel a reconnu qu'un Membre pouvait établir des distinctions entre des produits jugés "similaires" sans protéger la production nationale ni accorder un traitement moins favorable aux produits importés. [496]"

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> "Nouvelle note de bas de page 661:
>
> Le Groupe spécial note que les États-Unis affirment en outre qu'une lettre adressée en 1993 à M. l'Ambassadeur John Schmidt, négociateur principal des États-Unis, par M. Peter D. Sutherland, Directeur général du GATT, pièce US-79, fournit un élément additionnel, en tant que moyen complémentaire d'interprétation visé par l'article 32 de la Convention de Vienne, qui étaye l'idée que l'article 2.2 de l'*Accord OTC* devrait être interprété de façon similaire à l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, et en particulier qu'une mesure ne peut pas être considérée comme plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire en l'absence d'une mesure de rechange raisonnablement applicable qui est "sensiblement" moins restrictive pour le commerce."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

> "Note de bas de page 993
>
> Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 106; réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 118.
>
> Note de bas de page 994
>
> ~~Réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 118~~."

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

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

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

5. Divers

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

VII. CONSTATATIONS

A. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

---

[75] Voir la section II.B ci-dessus.
[76] Déclaration ministérielle de Doha du 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 6.
[77] Voir la section II.C.3 ci-dessus.

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

B. ORDRE D'ANALYSE

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

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

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

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

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

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

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

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

[80] WT/DS406/2.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.16 Si nous constatons que l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique, nous procéderons à l'examen des allégations présentées par l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC*, en commençant par l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Si nous ne formulons pas une constatation de violation au titre de cette disposition, nous examinerons l'allégation subsidiaire au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.[90] Si nous ne formulons pas de constatation de violation, nous procéderons à l'examen du reste des allégations de l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC* dans l'ordre numérique.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Arguments des parties

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

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

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

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

---

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

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

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

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

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

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

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

b) Disposition juridique en cause

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

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

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

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

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

---

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

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

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

c) Éléments de la définition d'un règlement technique

i) Premier élément: question de savoir si l'article 907 a) 1) A) s'applique à un "produit, ou groupe de produits, identifiable"

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

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

7.27 Nous observons que la mesure en cause dans la présente affaire, l'article 907 a) 1) A), identifie explicitement les produits qu'elle vise: les cigarettes et n'importe lequel de leurs éléments constituants. À notre avis, les produits visés par l'article 907 a) 1) A) ne sont pas simplement "identifiables", comme c'était apparemment le cas dans l'affaire *CE – Amiante*. Par contre, ils sont "expressément identifiés". À cet égard, nous notons que l'article 907 est intitulé "Normes relatives aux produits du tabac" et que l'article 907 a) 1) A) est intitulé "Règle spéciale pour les cigarettes". Nous notons en outre que la partie pertinente de l'article 907 a) 1) A) dispose qu"'aucune cigarette ni aucun des composants d'une cigarette (y compris le tabac, le filtre ou le papier)" ne contiendra d'arôme caractérisant autre que le tabac ou le menthol. Par ailleurs, il est expliqué, dans la partie intitulée "Produits visés" de la Directive de la FDA[104], que l'article 907 a) 1) A) "s'applique à tous les produits du tabac qui répondent à la définition d'une cigarette" indiquée dans l'article 900 3) de la FFDCA.[105]

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Conclusion

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

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

1. Arguments des parties

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

[124] Réponse de l'Indonésie à la question n° 26 du Groupe spécial.
[125] Réponse de l'Indonésie à la question n° 47 du Groupe spécial. (pas d'italique dans l'original)
[126] Ce point est expliqué dans la section VII.D.2 c) ii) ci-dessous.
[127] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54.
[128] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 55, 57; réponses de l'Indonésie aux questions n° 36 à 40 du Groupe spécial; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 70 à 74.
[129] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 71.
[130] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 63.
[131] Réponse de l'Indonésie à la question n° 27 du Groupe spécial, paragraphe 71.
[132] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 59.
[133] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 78 à 80.

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

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

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

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

[134] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 60.
[135] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 60.
[136] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 82.
[137] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 82.
[138] Réponse de l'Indonésie à la question n° 42 du Groupe spécial.
[139] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 60.
[140] Réponse de l'Indonésie à la question n° 44 du Groupe spécial.
[141] Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 22.
[142] Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 23.
[143] Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 24.
[144] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 84 et 85; réponse de l'Indonésie à la question n° 43 du Groupe spécial.
[145] Réponse de l'Indonésie à la question n° 85 du Groupe spécial, paragraphe 20.
[146] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 64.
[147] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 90; réponse de l'Indonésie à la question n° 45 du Groupe spécial (pièce IND-67).

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

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

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

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

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

[148] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 69; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 57.
[149] Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 58.
[150] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 94; réponse de l'Indonésie à la question n° 48 du Groupe spécial.
[151] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 100; réponse de l'Indonésie aux questions n° 49 et 51 du Groupe spécial.
[152] Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 42.
[153] Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 60.
[154] Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 61.
[155] Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 62; réponse de l'Indonésie à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 28.
[156] Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 63.

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

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

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

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

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

[157] Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 65.
[158] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 144.
[159] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 87.
[160] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 146.
[161] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 147.
[162] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 149.
[163] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 148.
[164] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 150.
[165] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 22; réponse des États-Unis à la question n° 89 du Groupe spécial.
[166] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 154.
[167] Réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial.

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

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

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

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

---

[168] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 45.
[169] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 159.
[170] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.
[171] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 112.
[172] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 113.
[173] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 172.
[174] Réponse des États-Unis à la question n° 36 du Groupe spécial.
[175] Réponse des États-Unis à la question n° 37 du Groupe spécial.
[176] Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 85 du Groupe spécial, paragraphes 9 et 12.

7.62 Contrairement à la conclusion faite par l'Indonésie concernant l'utilisation finale, les États-Unis affirment que les cigarettes ont un certain nombre d'utilisations finales et ne sont pas simplement utilisées pour "fumer du tabac." À leur avis, les cigarettes ont au moins deux autres utilisations finales aux États-Unis, que permettent à des degrés divers les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac[177]: i) l'utilisation finale consistant à satisfaire une dépendance à la nicotine[178], et ii) l'utilisation finale consistant à procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée.[179] Les États-Unis estiment en outre que la première utilisation finale – l'apport de nicotine à l'organisme – n'est pas la plus pertinente car, si c'était le cas, tous les cigares, pipes et cigarettes seraient des produits similaires.[180]

7.63 En ce qui concerne le critère des goûts et habitudes des consommateurs, les États-Unis font valoir que l'Indonésie n'a présenté aucun élément de preuve démontrant que les cigarettes aux clous de girofle cherchaient à concurrencer les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées, ou que les consommateurs les considéraient comme des produits substituables.[181] Les États-Unis précisent que les consommateurs pertinents sont tous les "fumeurs potentiels et actuels aux États-Unis". Ils affirment que les consommateurs potentiels sont les jeunes qui ont l'âge de s'initier à la cigarette et que ces personnes, probablement plus que les adultes, trouvent les cigarettes aux clous de girofle attrayantes.[182] Pour les États-Unis, les consommateurs différencient clairement les produits en cause en l'espèce[183]: les cigarettes aux clous de girofle sont commercialisées, vendues et consommées comme un produit du tabac "pour les occasions spéciales", alors que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont commercialisées, vendues et consommées comme une cigarette ordinaire d'usage quotidien; les cigarettes aux clous de girofle sont fumées majoritairement par des jeunes, qui sont généralement des fumeurs débutants, alors que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont régulièrement consommées par une grande proportion de jeunes, mais surtout par des adultes, qui en fument régulièrement.[184] En fait, d'après les États-Unis, il n'y a pas vraiment de concurrence entre les produits, mais plutôt un chevauchement et probablement une symbiose puisque les cigarettes aux clous de girofle attirent non seulement de nouveaux consommateurs de tabac, mais sont aussi utilisées comme cigarettes supplémentaires fumées pour des occasions spéciales par ceux qui fument déjà.[185]

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

[177] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 179.
[178] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 180.
[179] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 181.
[180] Réponse des États-Unis à la question n° 41 du Groupe spécial.
[181] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 184; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 24 et 26.
[182] Réponse des États-Unis à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 42.
[183] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 184.
[184] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 185.
[185] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 186.
[186] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 189.
[187] Réponse des États-Unis à la question n° 43 du Groupe spécial. Réponse des États-Unis à la question n° 91 du Groupe spécial, paragraphe 39.

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

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

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

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

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

[188] Réponse des États-Unis à la question n° 44 du Groupe spécial.
[189] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 116.
[190] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 199.
[191] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 21 et 59.
[192] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 202.
[193] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 50.
[194] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 119 à 123.
[195] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 204.

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

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

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

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

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

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

b) Disposition juridique en cause

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

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

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

---

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

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

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

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

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

7.75 Nous rappelons que dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, lorsqu'il a interprété l'article III:4 du GATT de 1994[200], l'Organe d'appel a établi un critère à trois volets pour qu'une constatation de violation soit formulée au titre de cette disposition:

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

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

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

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

---

[200] L'article III:4 du GATT de 1994 est ainsi libellé:
"Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. Les dispositions du présent paragraphe n'interdiront pas l'application de tarifs différents pour les transports intérieurs, fondés exclusivement sur l'utilisation économique des moyens de transport et non sur l'origine du produit."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.85 Nous rappelons que l'**Indonésie** a présenté, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, des allégations relatives au traitement national au titre à la fois de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et de l'article III:4 du GATT de 1994. Dans sa première communication écrite, il apparaît que l'Indonésie ajuste son approche et déclare que son allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 est une allégation subsidiaire par rapport à l'allégation formulée au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Par conséquent, l'Indonésie traite d'abord de l'allégation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, puisqu'il s'agit de la disposition la plus spécifique dans le présent différend. Toutefois, après avoir expliqué que l'obligation d'accorder le traitement national avait été examinée par divers groupes spéciaux de l'OMC et par l'Organe d'appel à plusieurs reprises dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994[207], l'Indonésie a fondé son argumentation au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* presque exclusivement sur la jurisprudence concernant l'article III:4.[208]

7.86 En réponse à une question du Groupe spécial[209], l'Indonésie soutient que, même s'il est possible d'examiner ensemble les allégations au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* et les allégations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial devrait se montrer prudent s'il choisit cette approche car "ces allégations/dispositions ne sont pas identiques".[210] Par exemple, elle explique que les allégations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 n'ont pas besoin d'établir que la mesure en cause est un règlement technique.[211] Toutefois, l'Indonésie estime que l'analyse de la "similarité" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport

---

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

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

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

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

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

...

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

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

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

de concurrence entre et parmi les produits, comme l'Organe d'appel l'a établi dans l'affaire *CE – Amiante* s'agissant de l'article III:4. Également en réponse à une question du Groupe spécial[212], l'Indonésie soutient que, bien que l'article 2.1 de l'*Accord OTC* ne fasse pas particulièrement mention d'un "principe général" analogue à celui qui est énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994, "le GATT de 1994 et l'*Accord OTC* constituent chacun un contexte pour l'interprétation de l'autre". En conséquence, "l'Indonésie pense que le Groupe spécial devrait considérer le rapport de concurrence entre les produits en cause comme pertinent dans son analyse de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*".[213] Ainsi, bien qu'elle semble souscrire à l'idée que ce qui importe, c'est un "rapport de concurrence" entre les produits en cause, l'Indonésie laisse en même temps entendre qu'"une analyse de la similarité faite au cas par cas dans le contexte d'une mesure différente pourrait raisonnablement amener à conclure que toutes les cigarettes ne sont pas similaires aux fins de cette mesure particulière".[214]

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires ... à la protection de la santé et de la vie des personnes"[221]; deuxièmement, le fait que l'obligation énoncée à l'article 2.1 s'applique "pour ce qui concerne" un règlement technique[222]; et finalement, le fait que l'analyse du "produit similaire" devrait "établir une distinction entre les caractéristiques qui font qu'un produit ou un groupe de produits est identifiable aux fins du règlement et les caractéristiques qui démontrent l'existence d'un rapport de concurrence ou d'une substituabilité sur le marché".[223]

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

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

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

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

[221] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 215.
[222] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 216.
[223] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 217.
[224] Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 58.
[225] Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 24. (pas d'italique dans l'original)
[226] Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 27. (pas d'italique dans l'original)
[227] Réponse des États-Unis à la question n° 21 b) du Groupe spécial. Ce point a également été confirmé par les États-Unis dans leur deuxième communication écrite, où ils ont soutenu que le Groupe spécial pouvait examiner conjointement les allégations relatives au traitement national au titre du GATT de 1994 et de l'*Accord OTC*, compte tenu du contexte particulier et des prescriptions se rapportant à chaque allégation. Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 95.
[228] Réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial.
[229] Réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial. Voir aussi la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.

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

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

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

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

7.95 Nous rappelons que la première possibilité que nous avons envisagée plus haut consiste à interpréter les termes de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* suivant la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994. Nous ne voyons pas très bien dans quelle mesure les interprétations élaborées dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994 peuvent simplement être transposées à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, notamment parce que cette dernière disposition n'a pas encore été interprétée de manière approfondie par les groupes spéciaux ou l'Organe d'appel. Certes, l'article 2.1 de l'*Accord OTC* semble être calqué sur l'article III:4 du GATT de 1994.[232] En effet, les deux articles visent les produits importés: "[l]es produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante" dans le cas de l'article III:4 du GATT de 1994, et les "produits importés en provenance du territoire de tout Membre" dans le cas de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Tous deux imposent également aux Membres une obligation, libellée de manière

---

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

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

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

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

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

7.97 Étant donné la similitude et, dans certains cas, le caractère identique du libellé des deux dispositions ayant trait au traitement national, le recours aux interprétations élaborées dans le contexte de l'article III:4 peut sembler relativement logique pour examiner l'élément relatif à la similarité de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. De fait, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, il apparaît que les parties sont généralement persuadées que la jurisprudence élaborée au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, en particulier celle qui se rapporte à l'approche fondée sur la concurrence utilisée pour l'analyse de la similarité, est directement transposable à une analyse au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. L'Indonésie défend la position selon laquelle l'analyse de la "similarité" au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits, comme l'Organe d'appel l'a établi dans l'affaire *CE – Amiante* en ce qui concerne l'article III:4.[234] Les États-Unis sont également d'avis que l'obligation de traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* devrait être interprétée de la même façon qu'à l'article III:4 du GATT de 1994.[235]

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, car cette approche a été élaborée par l'Organe d'appel, dans l'affaire *CE – Amiante*, sur la base du principe général énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994, qui n'a pas d'équivalent dans l'*Accord OTC*. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a souligné la pertinence du "principe général" formulé à l'article III:1, tel qu'il est énoncé à l'article III:4, et la façon dont ce principe commande l'interprétation du concept de produits similaires figurant à l'article III:4. Selon l'Organe d'appel[238], "l'expression "produits similaires" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 doit être interprétée de manière à donner une portée et un sens corrects" au "principe général" formulé à l'article III:1 du GATT de 1994 et énoncé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* comme suit:

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

7.102 Lorsque le Groupe spécial les a interrogées à ce sujet, les deux parties ont estimé qu'il n'était pas nécessaire d'avoir un libellé similaire à celui de l'article III:1 du GATT de 1994 dans l'*Accord OTC* pour transposer à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* la jurisprudence fondée sur la concurrence relative à l'article III:4 du GATT de 1994.[245] Les États-Unis vont plus loin et soutiennent qu'ils ne considèrent pas que l'absence d'"un équivalent à l'article III:1 dans l'*Accord OTC* soit une raison pour adopter une conception de la "similarité" fondamentalement différente dans l'*Accord OTC*".[246]

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

7.108 L'Annexe 1 de l'*Accord OTC* donne la définition d'un règlement technique aux fins de l'*Accord OTC* et sert donc de contexte pour l'interprétation de l'article 2.1 de cet *accord*. Nous rappelons qu'un règlement technique est défini comme étant un "[d]ocument qui énonce les caractéristiques d'un produit ... dont le respect est obligatoire". L'article 907 a) 1) A)[251] énonce effectivement, sous une forme négative[252], une caractéristique d'un produit dont le respect est obligatoire: les cigarettes ne peuvent pas avoir un arôme caractérisant. Une exception est faite pour les cigarettes ayant le tabac ou le menthol pour arôme caractérisant.[253]

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.111 Nous rappelons qu'en vertu de l'article 31 1) de la Convention de Vienne, un interprète doit examiner l'objet et le but du traité, en l'espèce l'*Accord OTC*. Comme les États-Unis l'expliquent[255], le préambule de l'*Accord OTC* définit son objet et son but. En particulier, le deuxième considérant du préambule de l'*Accord OTC* indique, comme but, que les Membres sont [*d*]*ésireux* de favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994". Pour les États-Unis, cela signifie que les Membres envisageaient que l'*Accord OTC* était compatible avec le GATT de 1994, et que ses dispositions devraient être interprétées dans le contexte d'une action consistant à favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994.

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

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

[254] Réponse des États-Unis à la question n° 14 du Groupe spécial, paragraphe 32. Les États-Unis donnent la référence suivante: 155 Cong. Rec. S64111 (June10, 2009) (pièce US-98).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[258] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 98.
[259] Nous examinons l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* dans la section VII.F ci-dessous.
[260] Réponse des États-Unis à la question n° 26 du Groupe spécial. Voir aussi la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.
[261] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 159.
[262] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.
[263] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 88 et 89.

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

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

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

ii) Critères traditionnels relatifs à la similarité

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

a) propriétés, nature et qualité des produits;

b) utilisations finales des produits;

c) goûts et habitudes des consommateurs – critère plus complètement appelé perceptions et comportement des consommateurs – en ce qui concerne les produits; et

d) classement tarifaire[265] des produits.[266]

---

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

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

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

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

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

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

iii) Analyse de la similarité des produits concernés

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

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

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

---

utilisations finales semblables; iii) la mesure dans laquelle les consommateurs perçoivent et considèrent les produits comme d'autres moyens de remplir des fonctions particulières pour satisfaire à un désir ou à une demande spécifique; et iv) la classification internationale des produits à des fins tarifaires."
Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101.

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

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

[269] L'Organe d'appel a expliqué ce qui suit:
"... l'adoption d'un cadre particulier pour faciliter l'examen des éléments de preuve n'élimine pas le devoir ni la nécessité d'examiner, dans chaque cas, tous les éléments de preuve pertinents. En outre, même si chaque critère se rapporte en principe à un aspect différent des produits considérés, qui devrait être examiné séparément, les différents critères sont interdépendants. Par exemple, les propriétés physiques des produits conditionnent et limitent les utilisations finales que ces produits peuvent avoir. Les perceptions des consommateurs peuvent de même influencer – modifier ou même rendre obsolètes – les utilisations traditionnelles des produits. Le classement tarifaire correspond clairement aux propriétés physiques d'un produit."
Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

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

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

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

7.127 De même, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, par l'Indonésie allègue que la mesure en cause[273] est incompatible avec "[l]'article 2.1 de l'Accord OTC, parce que la mesure aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à un produit national similaire, les *cigarettes mentholées*".[274] (pas d'italique dans l'original)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.131 Les parties ont donc souvent utilisé les expressions cigarettes "ordinaires" et cigarettes "aromatisées au tabac" de façon interchangeable dans le présent différend. Nous pensons que cela peut créer une certaine confusion quant au produit qui est examiné. En effet, parler de cigarettes aromatisées au tabac peut induire le lecteur en erreur et lui faire croire que des cigarettes comme les cigarettes aux clous de girofle ou les cigarettes aromatisées au menthol ne contiennent pas de tabac. En réalité, toutes les cigarettes contiennent du tabac, mais les cigarettes aromatisées telles que les cigarettes mentholées, les kreteks, les bidis, etc., contiennent également un additif qui confère l'arôme caractérisant dont parle l'article 907 a) 1) A) ou, comme la communauté internationale le fait valoir[285], qui améliore le goût. Comme l'a dit l'Indonésie, "[l]es cigarettes peuvent contenir toute une série d'ingrédients et d'arômes qui sont incorporés au tabac …".[286] Nous avons décidé d'utiliser l'expression cigarettes "ordinaires" car nous pensons qu'elle décrit mieux le fait que ces cigarettes ne contiennent pas d'arômes caractérisants additionnels.

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

---

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

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

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

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

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

[285] Voir la partie descriptive, paragraphes 2.29 à 2.32.

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

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

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

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

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

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

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

[287] Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 6.
[288] Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 12.
[289] Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 14.
[290] Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 12.
[291] Réponse des États-Unis à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 7.
[292] Réponse des États-Unis à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 7.
[293] Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 45.
[294] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 1916*, note de bas de page 30 relative au paragraphe 54.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

7.143 L'Indonésie nous dit aussi que le simple fait qu'elle a mentionnée uniquement les cigarettes mentholées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial n'a pas causé de préjudice aux États-Unis[305] et elle souligne que les États-Unis s'accordent à reconnaître que le Groupe spécial n'outrepasserait pas son mandat s'il incluait à la fois les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires dans son analyse de la similarité.[306]

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

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

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

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

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

[305] Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 12.
[306] Réponse de l'Indonésie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 14.
[307] Rapport du Groupe spécial *CE – Produits des technologies de l'information*, paragraphe 7.1202.
[308] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 126; rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.23.

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

Propriétés, nature et qualité des produits visés

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

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

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

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

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

[309] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 109.
[310] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 103.
[311] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 110.
[312] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 114.
[313] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

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

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

7.154 Il convient de souligner la pertinence des éléments liés aux risques pour la santé dans un examen de la similarité[317], qui, selon l'Organe d'appel, relèvent des propriétés physiques des produits en cause.[318] Dans l'affaire que nous examinons, cependant, il est médicalement prouvé et reconnu par les parties que toutes les cigarettes sont toxiques. En termes généraux, les deux parties conviennent que la toxicité relative des cigarettes, des cigarettes mentholées aux clous de girofle et des cigarettes ordinaires n'est pas en cause en l'espèce.[319] Les États-Unis confirment ce point de vue mais il apparait qu'ils laissent entendre que les cigarettes aux clous de girofle peuvent être plus dangereuses que d'autres cigarettes. Nous examinerons ce point plus en détail dans notre conclusion sur la comparaison des divers produits en cause.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Propriétés, nature et qualité des cigarettes aux clous de girofle

7.157 D'après les éléments de preuve présentés par les parties, nous pouvons conclure que les cigarettes aux clous de girofle sont composées de tabac associé à des aromatisants, qui est présenté au consommateur enroulé dans du papier et muni d'un filtre.[323] Les cigarettes aux clous de girofle, comme les cigarettes mentholées, sont des cigarettes de la "catégorie A" aux fins de la taxation aux États-Unis et elles sont conformes à la définition[324] d'une cigarette[325] donnée par les États-Unis.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.159 Pour ce qui est des additifs, les cigarettes aux clous de girofle contiennent environ 20 pour cent à 40 pour cent de clous de girofle[331] sous la forme de boutons floraux ou de clous de girofle pulvérisés/hachés.[332] Il semble, comme les États-Unis le font valoir, que l'additif peut aussi être de l'essence de girofle ou toute combinaison des trois éléments (c'est-à-dire boutons floraux, clous de girofle hachés et essence de girofle).[333] Nous croyons comprendre également que les clous de girofle pulvérisés contiennent à peu près 20 pour cent d'essence de girofle.[334]

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

7.161 Nous notons que les parties ont présenté beaucoup d'arguments au sujet de la présence de l'eugénol dans les cigarettes aux clous de girofle et de la toxicité des cigarettes aux clous de girofle qui en résultait. Les États-Unis font observer que l'eugénol est l'un des ingrédients actifs de l'essence de girofle et le définissent comme "un anesthésique topique courant utilisé dans les interventions dentaires".[338] Ils soutiennent que les cigarettes aux clous de girofle ont un arôme sucré et que fumer ce produit peut provoquer un certain engourdissement de la bouche.[339] Ils indiquent, dans leur raisonnement, que l'eugénol a pour effet de faire disparaître en grande partie la sensation désagréable que produit la fumée chez les nouveaux fumeurs[340], ce qui fait "[d]e la cigarette aux clous de girofle … une cigarette "d'apprentissage" de conception presque idéale pour inciter les jeunes à

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.162 L'Indonésie ne nie pas que les cigarettes aux clous de girofle contiennent de l'eugénol et elle explique que l'essence de girofle est connue en chimie sous le nom d'eugénol[344] et que l'eugénol se trouve dans les boutons floraux du giroflier.[345] S'agissant des allégations des États-Unis concernant les effets engourdissants de l'eugénol, elle précise qu'il n'y a aucune recherche scientifique portant sur des êtres humains qui prouve que l'eugénol contenu dans la fumée de cigarettes aux clous de girofle engourdit la gorge. De fait, elle fait valoir que des études plus récentes jettent le doute sur l'affirmation selon laquelle l'eugénol insensibiliserait la gorge. En outre, elle déclare que la même allégation d'engourdissement de la gorge a été avancée en ce qui concerne l'utilisation du menthol dans les cigarettes.[346]

7.163 Nous notons que les parties conviennent l'une et l'autre que le document de Polzin[347], une étude portant sur certains ingrédients des cigarettes aux clous de girofle indonésiennes, montre que

---

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

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

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

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

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

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

[347] Pièce US-45.

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

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

7.165 Les États-Unis font valoir que les éléments de preuve montrent que les cigarettes aux clous de girofle entraînent des risques très spécifiques pour la santé des consommateurs individuels.[354] L'Indonésie répond qu'il n'y a aucun élément de preuve qui montre que les cigarettes aux clous de girofle sont plus toxiques ou présentent des risques pour la santé plus importants[355] que les cigarettes ordinaires ou les cigarettes mentholées produites dans le pays et que, partant, puisqu'il n'y a aucune différence de toxicité, il n'y a aucune différence dans leurs caractéristiques physiques.[356]

Propriétés, nature et qualité des cigarettes mentholées

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

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

[349] 21 CFR 189.130. Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 166.

[350] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 166, note de bas de page 210.

[351] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 73 et 75.

[352] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 41, 49 et 75; deuxième déclaration orale de l'Indonésie, paragraphe 52.

[353] Réponse de l'Indonésie à la question n° 30 du Groupe spécial.

[354] Voir la note de bas de page 342 ci-dessus.

[355] L'Organe d'appel a estimé que la toxicité était une qualité physique qui devait être prise en considération lors de l'examen des propriétés physiques d'un produit dans le cadre d'une détermination de la "similarité" au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 114.

[356] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 55 et 57.

[357] Réponse des États-Unis à la question n° 31 du Groupe spécial. L'Indonésie n'a pas fourni au Groupe spécial de renseignements spécifiques à cet égard.

du TPSAC précise que "[l]es cigarettes mentholées sont habituellement constituées d'un mélange comportant davantage de tabac séché à l'air chaud et moins de tabac Burley … parce que certains des produits chimiques contenus dans les tabacs Burley créent une caractéristique gustative incompatible avec le menthol".[358]

7.167 Le principal additif contenu dans les cigarettes mentholées est l'essence de menthe. Le menthol est un composé chimique extrait de la menthe poivrée (*Mentha piperita)* ou de la baume des champs (*Mentha arvensis*) ou produit par des méthodes synthétiques ou hémisynthétiques.[359] D'après le rapport de mars 2011 du TPSAC, certains cigarettiers utilisent seulement de l'essence de menthe naturelle, alors que d'autres utilisent un mélange de menthol naturel et de menthol synthétique. Le rapport de mars 2011 du TPSAC établit que le menthol est ajouté aux cigarettes par les moyens suivants: a) vaporisation sur le tabac coupé durant le mélange; b) application sur la feuille à cigarette; c) injection dans le courant de tabac; d) injection dans le filtre; e) insertion dans le filtre d'une capsule qui peut être écrasée; f) introduction dans le filtre d'un fil mentholé; g) n'importe quelle combinaison des moyens précédents. En tout état de cause, le menthol se diffuse dans toute la cigarette, quel que soit l'endroit initial de l'application.[360]

7.168 Selon le rapport de mars 2011 du TPSAC, le menthol est ajouté aux cigarettes à la fois comme arôme caractérisant (niveaux de menthol plus élevés) et pour d'autres raisons liées au goût (niveaux de menthol moins élevés). Ces raisons liées au goût comprennent le fait de renforcer l'arôme des mélanges de tabac et/ou d'adoucir le goût du mélange.[361] En outre, le menthol peut avoir des propriétés rafraîchissantes, analgésiques ou irritantes[362] et il réduirait la sensibilité aux produits chimiques nocifs, y compris la nicotine.[363] De fait, ajoute le rapport de mars 2011 du TPSAC, "les fumeurs indiquent que le menthol réduit l'irritation et que les cigarettes mentholées sont moins âpres et plus douces que les cigarettes non mentholées".[364]

7.169 Cet additif représente à peu près un pour cent des ingrédients contenus dans la cigarette, même si la quantité précise varie d'une marque à l'autre. À cet égard, l'Indonésie fait valoir que la teneur en menthol pourrait atteindre trois pour cent[365], alors que les États-Unis précisent que certaines marques de cigarettes mentholées peuvent contenir "un peu plus ou un peu moins de un pour cent d'essence de menthe".[366] S'agissant des niveaux de menthol, les États-Unis mettent en lumière le fait que ces niveaux se situent entre 0,15 et 5,8 mg par cigarette dans les marques commercialisées en tant que cigarettes mentholées.[367] Le rapport de mars 2011 du TPSAC précise que "[d]ans une enquête récente portant sur 48 marques et sous-marques de cigarettes mentholées des États-Unis, la teneur

[358] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 19. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[359] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 31; rapport de mars 2011 du TPSAC, page 19. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[360] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 19. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[361] Rapport de mars 2011 du TPSAC, pp.19-20. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[362] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 18. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[363] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 22. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[364] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 25. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.

[365] Réponse de l'Indonésie à la question n° 32 du Groupe spécial.

[366] Réponse des États-Unis à la question n° 32 du Groupe spécial.

[367] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 171; réponse des États-Unis à la question n° 32 du Groupe spécial.

moyenne en menthol des cigarettes, en poids, était de 2,64 mg par cigarette, la fourchette allant de 1,61 à 4,38 mg".[368]

7.170 L'Indonésie déclare que les cigarettes mentholées ont aussi leurs propres agents aromatisants qui sont appelés "sauce" ou "sauçage".[369] À cet égard, les États-Unis font valoir que la sauce spéciale utilisée pour les cigarettes aux clous de girofle indonésiennes n'est pas identique au "sauçage" qui est utilisé dans toutes les cigarettes, y compris les cigarettes mentholées.[370] Ils expliquent que l'arôme conféré par la sauce fait partie de l'arôme essentiel et de l'identité des produits.[371] L'Indonésie répond qu'elle n'a jamais fait valoir que la "sauce" ou le "sauçage" utilisé dans les cigarettes aux clous de girofle était identique à celui qui était utilisé dans les cigarettes mentholées ou les cigarettes aromatisées ordinaires; de fait, elle a déclaré que chaque marque de cigarettes contenait un mélange d'ingrédients exclusif et unique qui lui donnaient un goût unique.[372]

7.171 S'agissant des effets sur la santé, l'Indonésie fait valoir qu'il a été allégué que le menthol avait des propriétés engourdissantes. Cela semble confirmé par le rapport de mars 2011 du TPSAC, qui établit que parmi les effets dont il apparaît qu'ils attirent les fumeurs de cigarettes mentholées figurent les effets rafraîchissants, les effets antiseptiques, les effets engourdissants et les effets anesthésiants.[373] En outre, les parties sont en désaccord sur le point de savoir si les cigarettes mentholées contiennent aussi de l'eugénol et de la coumarine.[374] Comme cela a été indiqué auparavant, l'Indonésie fait valoir que les cigarettes mentholées contiennent aussi ces additifs[375], alors que les États-Unis réfutent cette affirmation sur la base d'une étude menée en 2010 montrant qu'aucune des marques de cigarettes "ordinaires" ou mentholées ne contenait d'eugénol ni de coumarine.[376] En réponse à cet argument, l'Indonésie fait valoir que la véritable raison pour laquelle l'eugénol et la coumarine n'ont pas été détectés dans l'étude menée en 2010 est "que les États-Unis ont "truqué" le système de façon à ce que l'eugénol et la coumarine ne soient pas détectés"[377] en fixant des seuils de détection plus élevés pour ces ingrédients.

> Comparaison des propriétés, de la nature et de la qualité des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées

7.172 Nous allons maintenant comparer les propriétés physiques, la nature et la qualité des deux types de cigarettes pertinentes.

7.173 Nous notons que l'Indonésie fait valoir que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays, y compris les cigarettes mentholées, ont les mêmes caractéristiques physiques.[378] Dans sa deuxième communication écrite, l'Indonésie nuance sa position en affirmant que "[m]ême si l'Indonésie convient que les ingrédients d'une cigarette aux clous de girofle diffèrent à

[368] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 20. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.
[369] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 69.
[370] Réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial.
[371] Réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial, paragraphe 19.
[372] Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 87 du Groupe spécial.
[373] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 103. http://www.fda.gov/downloads/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/UCM247689.pdf.
[374] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 74.
[375] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 72, faisant référence à la pièce US-71.
[376] Réponse des États-Unis à la question n° 86 du Groupe spécial.
[377] Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 86 du Groupe spécial (pièce US-72).
[378] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54.

certains égards des ingrédients des cigarettes aromatisées au menthol et des cigarettes aromatisées au tabac, ces différences ne sont pas déterminantes".[379]

7.174 Les États-Unis répondent que l'Indonésie ne traite que quelques caractéristiques génériques lorsqu'elle fait valoir que les cigarettes en cause sont identiques et que, de ce fait, elle ne tient pas compte des caractéristiques les plus pertinentes pour le marché.[380] Ils indiquent en outre que "le principal travail d'interprétation consiste à déterminer quelles sont les similitudes et les différences qui sont significatives et pertinentes pour la détermination de la similarité en l'espèce et que, pour ce travail, le contexte des dispositions et accords en cause et les circonstances factuelles de l'affaire sont essentiels".[381] Par conséquent, selon les États-Unis, l'analyse de la similarité devrait prendre en compte non seulement la nature du rapport de concurrence, mais aussi le fondement sur lequel repose l'article 907 a) 1) A).[382]

7.175 Avant de traiter la comparaison entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, nous jugeons important de traiter la définition de l'expression "arôme caractérisant", car c'est l'un des éléments essentiels de l'article 907 a) 1) A). Comme cela est mentionné plus haut, en réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont expliqué qu'il était précisé, dans un commentaire du Sénat figurant dans le dossier législatif de l'article 907 a) 1) A), que "[b]ien que l'expression "arôme caractérisant" ne soit pas définie dans la législation, elle [était] censée englober les additifs produisant l'arôme, le goût ou le parfum distinctif transmis par le produit".[383] Cela montre, à notre avis, que pour être réglementée par l'article 907 a) 1) A), une cigarette doit comporter un additif qui produit un arôme, un goût ou un parfum distinctif. Par conséquent, comme cela est expliqué dans la section VII.D.2 c) i) plus haut, le Groupe spécial accordera plus de poids dans l'analyse de la similarité, au fait qu'une cigarette contient un additif qui produit un arôme, un goût ou un parfum distinctif.

7.176 D'après les arguments et éléments de preuve présentés par les parties et décrits plus haut qui se rapportent à la description des propriétés, de la nature et de la qualité des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées, nous pouvons arriver aux conclusions suivantes.

7.177 Premièrement, d'une manière générale, les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont faites de tabac associé à des additifs et enroulé dans du papier. L'ingrédient prédominant dans toutes les cigarettes est donc le tabac, dans des quantités qui vont de 60 à 90 pour cent. La composition exacte du tabac, les types de tabac utilisés et les additifs inclus varient d'une marque de cigarettes à l'autre à l'intérieur de chaque type de cigarettes.

7.178 Deuxièmement, bien que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées soient principalement composées de tabac, il apparaît que ce qui les différencie des cigarettes ordinaires[384] est la présence d'un additif, qui se traduit par un arôme, un goût ou un parfum distinctif, autre que le tabac ordinaire. Cet additif est constitué d'un végétal ou d'une épice ou est extrait d'un végétal ou d'une épice. Le fait que les cigarettes aux clous de girofle contiennent une quantité substantielle de boutons floraux de giroflier[385] et que les cigarettes mentholées ne contiennent qu'environ un pour cent

[379] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 67.
[380] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 161.
[381] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 110.
[382] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 111.
[383] Réponse des États-Unis à la question n° 14 du Groupe spécial, paragraphe 32. Les États-Unis fournissent la référence suivante: 155 Cong. Rec. S64111 (juin 10, 2009), pièce US-98.
[384] S'agissant de l'utilisation de l'expression "cigarettes ordinaires", voir ci-dessus la section B, iii), paragraphe 7.8.
[385] Nous notons que nous faisons référence aux cigarettes aux clous de girofle importées. L'Indonésie affirme qu'il y avait une cigarette nationale aromatisée aux clous de girofle ("A Touch of Clove") qui était vendue par la société des États-Unis Nat Sherman avant l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A). Elle fait

d'essence de menthe ne modifie pas la conclusion selon laquelle dans les deux cas, quelle que soit la marque que nous puissions examiner, la présence de ces additifs transforme de manière substantielle l'arôme de la cigarette.

7.179 Troisièmement, l'adjonction d'une "sauce" n'est pas réservée aux cigarettes aux clous de girofle, puisque toutes les cigarettes contiennent une combinaison différente d'ingrédients qui donnent à chaque marque de cigarettes un goût particulier et distinct. Autrement dit, chaque marque possède sa propre composition spécifique d'ingrédients et d'additifs qui est généralement considérée comme étant un renseignement exclusif.

7.180 Il y a toutefois plusieurs différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, à savoir qu'en général, les cigarettes aux clous de girofle contiennent du tabac de Java, de l'eugénol et de la coumarine, alors que les cigarettes mentholées ne contiennent généralement pas ces composants en quantités significatives ou ne les contiennent pas du tout. Toutefois, ces différences nous paraissent mineures ou secondaires, parce que la particularité principale de ces types de cigarettes est qu'elles contiennent des additifs qui confèrent des arômes caractérisants à la cigarette et réduisent l'âpreté du tabac.

7.181 En outre, les États-Unis font valoir que le menthol et les boutons floraux du giroflier contenus dans les cigarettes aux clous de girofle sont des produits physiques complètement différents.[386] Ils font valoir que c'est important parce que les boutons floraux séchés du giroflier confèrent un arôme et un parfum sucrés et épicés et sont souvent utilisés dans des produits de boulangerie, des bonbons et des boissons.[387] L'Indonésie, au contraire, affirme que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées contiennent les unes comme les autres du tabac et un ingrédient ajouté (à savoir une plante ou une épice) aux propriétés apaisantes. Elle déclare que l'essence de girofle et le menthol sont tous deux couramment utilisés dans des produits de consommation et sont reconnus comme ayant un effet anesthésiant.[388]

7.182 Cela démontre à notre avis qu'indépendamment de l'arôme spécifique de l'additif (clous de girofle ou menthol), la caractéristique principale de ces types de cigarettes reste la même: elles contiennent un additif qui confère un arôme à la cigarette et réduit l'âpreté du tabac de manière considérable. Ce fait est renforcé par les propriétés engourdissantes alléguées tant du clou de girofle que du menthol. Nous estimons que ces similitudes sont très significatives dans le contexte du présent différend, eu égard au fait que le but immédiat de l'article 907 a) 1) A) est de réglementer certains produits du tabac contenant des additifs qui leur donnent un arôme caractérisant, en poursuivant l'objectif de santé publique consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. Nous trouvons des éléments étayant cette conclusion dans une étude de l'OMS intitulée "*The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation*" (Fondement scientifique de la réglementation des produits du tabac), qui établit ce qui suit:

> "Certains additifs (menthol dans les cigarettes fabriquées, eugénol dans les kreteks [c'est-à-dire les cigarettes aux clous de girofle]) sont ajoutés spécifiquement pour réduire l'âpreté de la fumée et permettre au fumeur d'inhaler davantage de substances addictives et toxiques. De nombreux fumeurs fument des kreteks [c'est-à-dire des

---

valoir que les "Touch of Clove" de Nat Sherman ne contenaient pas de clou de girofle naturel; de fait, leur filtre contenait des cristaux de clous de girofle qui produisaient un arôme artificiel de clou de girofle. (Première communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 24). En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis expliquent que ce type de cigarettes était fabriqué "avec un arôme de clou de girofle dans le filtre, et non avec des clous de girofle mélangés au tabac" (réponse des États-Unis à la question n° 28 a) du Groupe spécial, paragraphe 66).

[386] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 171.
[387] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 162.
[388] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 55.

> cigarettes aux clous de girofle] et des cigarettes mentholées, qui sont souvent commercialisées comme étant moins toxiques; et il est possible que les ingrédients ajoutés contribuent à la perception selon laquelle les cigarettes sont moins nocives et délétères."[389]

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

7.184 Néanmoins, les éléments de preuve versés au dossier par les États-Unis, qui donnent à penser que la présence d'eugénol et de coumarine dans les cigarettes aux clous de girofle rendent celles-ci plus délétères pour la santé ne nous conduisent pas à une conclusion différente s'agissant de la toxicité. Indépendamment de la question de savoir si l'eugénol et la coumarine pourraient, comme cela est allégué, causer davantage de problèmes de santé, la principale raison pour laquelle les cigarettes créent des risques pour la santé est l'inhalation de substances produites par la combustion, qui peuvent entraîner, entre autres choses, différents types de cancers, différents types de maladies cardio-vasculaires et des maladies et troubles respiratoires divers.[390]

7.185 Outre les effets délétères allégués des additifs, les États-Unis font valoir que "[c]omparées aux cigarettes classiques (mentholées ou ordinaires), les cigarettes aux clous de girofle ont des rendements en goudron, nicotine et monoxyde de carbone plus élevés dans les conditions mesurées par une machine à fumer".[391] En outre, ils déclarent que certaines études indiquent que les fumeurs inhalent plus profondément lorsqu'ils fument des cigarettes aux clous de girofle, ce qui accroît la quantité de nicotine extraite de chaque cigarette et permet au fumeur d'arriver à des concentrations comparables de nicotine dans le sang, même si les cigarettes aux clous de girofle contiennent moins de nicotine par cigarette que les marques classiques.[392] L'Indonésie conteste cet argument en faisant valoir que l'étude Malson[393] a reconnu que les estimations des machines à fumer n'étaient pas des indicateurs fiables du rendement et s'est plutôt attachée aux essais cliniques sur l'homme qui montraient que les cigarettes aux clous de girofle produisaient une accélération de la fréquence cardiaque, une élévation de pression artérielle, des concentrations de nicotine dans le plasma et une quantité de monoxyde de carbone expiré identiques.[394]

7.186 À notre avis, ce débat sur les effets additionnels des cigarettes aux clous de girofle ne modifie pas fondamentalement la conclusion selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont délétères pour la santé pour la même raison: l'inhalation des substances provenant de

---

[389] Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 11.

[390] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 6 et 57; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 14.

[391] Réponse des États-Unis à la question n° 38 du Groupe spécial.

[392] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 40; citant des recherches scientifiques qui ont, à l'aide d'une analyse avec une machine à fumer classique, permis de constater que les cigarettes aux clous de girofle pouvaient produire davantage de nicotine, de goudron et de monoxyde de carbone que les cigarettes classiques. "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes", (pièce US-42); *voir aussi* "CDC Article Regarding Epidemiology and Illnesses Possibly Associated with Cloves" ("L'exposition au goudron, à la nicotine et au monoxyde de carbone est plus importante avec les cigarettes aux clous de girofle qu'avec les cigarettes américaines ordinaires.") (pièce US-37); Malston, *et al.*, "Clove Cigarette Smoking: Biochemical, Physiological, and Subjective Effects," Pharmacology Biochemistry and Behavior 74(3): 739-45 (février, 2003), http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12543240 (pièce US-44).

[393] Pièce US-44, citée dans la deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 53.

[394] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 54.

la combustion. Comme cela est mentionné plus haut, les parties conviennent que, d'une manière générale, les cigarettes sont délétères pour la santé humaine et peuvent provoquer le cancer et plusieurs maladies cardio-vasculaire et respiratoires.[395]

7.187 Par conséquent, nous constatons que, dans l'ensemble, les propriétés physiques des deux groupes de cigarettes sont semblables. La raison principale en est que, en tant que cigarettes, elles ont les mêmes caractéristiques principales, c'est-à-dire le fait d'avoir le tabac comme ingrédient principal et de contenir un additif qui confère un arôme, un goût et un parfum caractérisants et réduit l'âpreté du tabac. Nous trouvons des indications utiles dans le rapport de l'Organe d'appel *CE– Amiante*, dans lequel l'Organe d'appel a estimé que déterminer *dans quelle proportion ou mesure des produits devaient avoir des qualités ou des caractéristiques communes* était un examen pertinent au titre du "critère de la similarité".[396] Partant, les produits n'ont pas à être *identiques* à tous égards.

7.188 Cette conclusion est encore renforcée lorsque l'on tient compte de la mesure en cause, l'article 907 a) 1) A), qui est un règlement technique dont le but immédiat est de réglementer les cigarettes ayant un arôme caractérisant. Dans ce contexte, nous jugeons pertinent le fait que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont des propriétés physiques communes dans une mesure substantielle puisque les unes et les autres contiennent du tabac et *un additif* qui leur donne *un arôme caractérisant*.

7.189 Nous rappelons que les États-Unis nous ont demandé de tenir compte de l'objectif sanitaire de l'article 907 a) 1) A) lorsque nous analyserions la similarité. Comme nous l'avons expliqué auparavant, nous convenons que nous devrions tenir compte dans notre analyse de l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes, qui sous-tend l'adoption de l'article 907 a) 1) A). Précisément, l'article 907 a) 1) A) interdit pour des motifs de santé la présence d'arômes caractérisants dans les cigarettes. Nous trouvons là un élément étayant la conclusion selon laquelle la présence, dans les cigarettes aux clous de girofle aussi bien que dans les cigarettes mentholées, d'additifs qui leur donnent des arômes caractérisants devrait avoir un poids considérable dans notre analyse de la similarité.

7.190 Nonobstant la conclusion ci-dessus, nous soupèserons les similitudes et différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées compte tenu de tous les éléments de preuve relatifs aux autres critères de "similarité" afin de faire une détermination *globale* sur le point de savoir si les produits en cause pourraient être qualifiés de "similaires".[397] Par conséquent, nous soupèserons les éléments de preuve concernant ce premier critère compte tenu des *utilisations finales* que peuvent avoir les produits et des *perceptions des consommateurs* envers ces produits. Autrement dit, nous examinerons les éléments de preuve portant sur les propriétés physiques des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées en examinant, "premièrement, la mesure dans laquelle des produits peuvent remplir des fonctions (utilisations finales) identiques ou semblables et, deuxièmement, la mesure dans laquelle les consommateurs sont disposés à utiliser les produits pour remplir ces fonctions (goûts et habitudes des consommateurs)".[398]

Utilisations finales des produits

7.191 L'Organe d'appel a défini ce critère comme étant "la mesure dans laquelle des produits peuvent remplir des fonctions (utilisations finales) identiques ou semblables".[399] Dans le contexte

[395] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 6 et 57; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 14.
[396] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 92.
[397] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 109.
[398] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.
[399] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.

d'une analyse au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, il a établi que le critère de l'utilisation finale comportait certains des éléments essentiels relatifs au rapport de concurrence entre produits, notamment "la mesure dans laquelle des produits p[ouvaient] remplir des fonctions (utilisations finales) identiques ou semblables". Il note que "les éléments de preuve de ce type revêtent une importance particulière au titre de l'article III du GATT de 1994, précisément parce que cette disposition concerne les rapports de concurrence sur le marché. S'il n'y a pas – ou ne peut pas y avoir – de rapport de concurrence entre les produits, un Membre ne peut intervenir, au moyen d'impositions ou d'une réglementation intérieures, pour protéger la production nationale". Par conséquent, selon l'Organe d'appel, les éléments de preuve relatifs à la mesure dans laquelle des produits peuvent avoir les mêmes utilisations finales sont très pertinents pour une analyse de la similarité au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.[400] La question que doit se poser le Groupe spécial est de savoir si c'est le cas également pour une analyse au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Comme nous l'avons expliqué auparavant, nous ne sommes pas convaincus qu'une analyse fondée essentiellement sur la concurrence constituerait toujours l'approche correcte pour analyser la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

7.192 L'Organe d'appel avertit les groupes spéciaux de ne pas confondre l'analyse du critère de l'utilisation finale avec l'analyse des caractéristiques physiques des produits[401] ni avec celle des goûts et habitudes des consommateurs. S'agissant de cette dernière, il explique que l'utilisation finale concerne la mesure dans laquelle deux produits peuvent remplir des fonctions identiques, alors que les goûts et habitudes des consommateurs concernent "la mesure dans laquelle les consommateurs sont disposés à utiliser les produits pour remplir ces fonctions ".[402]

7.193 Comme l'a expliqué l'Organe d'appel, "[c]'est seulement en se faisant une idée complète des diverses utilisations finales d'un produit qu'un groupe spécial peut évaluer l'importance du fait que des produits partagent un nombre limité d'utilisations finales".[403]

7.194 L'Organe d'appel a établi que les éléments de preuve relatifs aux utilisations finales (et aux préférences des consommateurs) des produits étaient particulièrement pertinents dans les cas où les éléments de preuve relatifs aux propriétés, à la nature et à la qualité des produits indiquaient que les produits en cause étaient très différents du point de vue physique.[404] Nous ne considérons pas que tel soit le cas en l'espèce.

7.195 L'argument de l'Indonésie relatif au critère de l'utilisation finale est assez concis: "[l]'utilisation finale de toutes les cigarettes, y compris les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, est la même – à savoir, elles sont utilisées pour fumer du tabac".[405] Les États-Unis, cependant, déclarent que les cigarettes ont effectivement un certain nombre d'utilisations finales et ne sont pas simplement utilisées pour "fumer du tabac". À leur avis, les cigarettes ont, aux États-Unis, au moins deux autres utilisations finales, que permettent à des degrés divers les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac[406]: i) l'utilisation finale consistant à satisfaire une dépendance à la nicotine[407], et ii) l'utilisation finale consistant à procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée.[408] Les États-Unis ajoutent que "[l]a consommation régulière et la consommation occasionnelle de cigarettes pourraient

[400] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.
[401] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 111.
[402] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.
[403] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 119.
[404] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 118.
[405] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 59. Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 78.
[406] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 179.
[407] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 180.
[408] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 181.

être décrites comme des "utilisations finales" différentes aux États-Unis".[409] Ils font valoir en outre que leur "marché régulier" est dominé par les cigarettes aromatisées au tabac et les cigarettes mentholées. En plus de ce marché, il y a un "marché occasionnel de la cigarette", constitué de cigarettes moins couramment fumées, qui cherche à attirer les fumeurs débutants et les jeunes fumeurs réguliers en leur donnant l'impression de fumer une cigarette "sortant de l'ordinaire" ou pour "se faire plaisir".

7.196 L'Indonésie conteste le fait qu'assurer un apport en nicotine soit une utilisation finale distincte et estime que c'est une conséquence de l'utilisation finale consistant à fumer du tabac puisque tous les produits du tabac contiennent de la nicotine.[410] Elle fait valoir qu'en tout état de cause, les États-Unis n'ont pas démontré que les utilisations finales des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac étaient différentes. S'agissant de l'utilisation finale consistant à satisfaire une dépendance à la nicotine, que proposent les États-Unis, elle indique que les trois types de cigarettes en cause assurent tous un apport en nicotine lorsqu'on les fume et que la quantité de nicotine apportée par une cigarette est déterminée par la quantité de fumée inhalée.[411] Elle explique en outre que i) les fumeurs s'exposent à autant de fumée que nécessaire pour obtenir une quantité satisfaisante spécifique de nicotine[412], et que ii) les États-Unis eux-mêmes ont fourni une étude montrant que les concentrations de nicotine dans le sang et la fréquence cardiaque des sujets examinés étaient exactement les mêmes après la consommation d'une cigarette aux clous de girofle et celle d'une cigarette ordinaire.

7.197 En ce qui concerne la deuxième utilisation finale proposée par les États-Unis, à savoir "procurer une expérience agréable", l'Indonésie fait valoir qu'il s'agit, non pas d'une utilisation finale, mais du comportement des consommateurs. Elle fait référence au rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *CE – Amiante*[413], dans lequel l'Organe d'appel a précisé que l'utilisation finale concernait la mesure dans laquelle deux produits pouvaient remplir des fonctions identiques, alors que les goûts et habitudes des consommateurs concernaient la mesure dans laquelle les consommateurs étaient disposés à utiliser les produits pour remplir ces fonctions. D'après l'Indonésie, les observations des États-Unis concernant l'attrait des arômes relèvent plus justement des goûts et habitudes des consommateurs que de l'utilisation finale.

7.198 À notre avis, l'argument concis et critique de l'Indonésie est correct: l'utilisation finale d'une cigarette est d'être fumée.[414] Nous estimons que les utilisations finales présentées par les États-Unis concernent plutôt les effets résultant de la consommation de cigarettes. Les gens fument des cigarettes pour de nombreuses raisons; nous pourrions certainement y inclure les deux raisons mentionnées par les États-Unis. Mais cela ne signifie pas que les cigarettes ont plusieurs utilisations finales. Par exemple, l'utilisation finale proposée par les États-Unis qui consiste à satisfaire une dépendance à la nicotine est une proposition circulaire. En effet, les fumeurs deviennent dépendants de la nicotine parce qu'ils fument des cigarettes. Quant à la deuxième utilisation finale proposée par les États-Unis, "procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée", à supposer pour les besoins de l'argumentation que fumer certains types de cigarettes soit une

[409] Réponse des États-Unis à la question n° 41.
[410] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 78.
[411] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 107. Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 78 et 79.
[412] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 79, faisant référence à CDC, "The Health Consequences of Smoking – Nicotine Addiction a Report of the Surgeon General", 1988 (pièce IND-84).
[413] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.
[414] Nous notons que les Groupes spéciaux *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* et *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)* ont conclu aussi que l'utilisation finale des cigarettes était d'être fumées/le fait de fumer. Rapport du Groupe spécial *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 7.330. Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 7.441.

expérience plus agréable que fumer d'autres types de cigarettes, cela ne modifie pas le fait que l'utilisation finale de ces produits est la même, à savoir être fumés. En tout état de cause, comme nous l'avons dit plus haut, tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées contiennent de la nicotine et des additifs qui masquent l'âpreté du tabac.

7.199 Notre conclusion concernant ce critère est par conséquent que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont la même utilisation finale, c'est-à-dire être fumées.

Goûts et habitudes des consommateurs en ce qui concerne les produits

7.200 Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a défini les "préférences des consommateurs" comme étant "la mesure dans laquelle les consommateurs sont – ou seraient – disposés à choisir un produit plutôt qu'un autre pour opérer ces utilisations finales".[415] Il apparaît que la question évidente est celle de savoir dans quelle mesure les fumeurs sont – ou seraient – disposés à choisir des cigarettes aux clous de girofle plutôt que des cigarettes mentholées pour la même utilisation finale, c'est-à-dire fumer.

7.201 Toutefois, si nous examinons ce critère eu égard au but immédiat de l'article 907 a) 1) A) consistant à réglementer la composition des cigarettes avec l'objectif légitime de réduire le tabagisme chez les jeunes, il faut peut-être formuler la question différemment. En effet, comme nous l'expliquerons plus en détail lorsque nous examinerons l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, l'article 907 a) 1) A) donne suite à la décision des États-Unis de réduire le tabagisme chez les jeunes. Cela amène à la question de savoir quels sont les consommateurs dont nous devons examiner les goûts et habitudes: tous les fumeurs aux États-Unis? Seulement les jeunes fumeurs? Ou les consommateurs potentiels, c'est-à-dire les jeunes qui ne fument pas encore et ceux qui le font occasionnellement et ne sont pas encore devenus dépendants?

7.202 Nous avons demandé aux parties quels étaient les consommateurs dont nous devions tenir compte dans notre examen, et leurs réponses divergent. L'**Indonésie** estime que les consommateurs pertinents pour l'analyse de la similarité sont les fumeurs, sans analyse par groupe d'âge.[416] Elle fait néanmoins valoir que, au cas où le Groupe spécial déciderait de procéder à une analyse par groupe d'âge, les groupes appropriés devraient être les "jeunes" (de moins de 18 ans) et les "adultes" (de 18 ans et plus).[417] À son avis, la population des jeunes "qui ne fument pas encore" ne devrait pas être incluse parmi les consommateurs pertinents pour l'analyse de la similarité.[418]

7.203 Les **États-Unis** considèrent que les consommateurs pertinents sont tous les fumeurs potentiels et actuels aux États-Unis et définissent les consommateurs "potentiels" comme les jeunes qui ont l'âge de s'initier à la cigarette. Ils déclarent qu'il faudrait évaluer et prendre en compte les habitudes de consommation des jeunes en période d'initiation et des fumeurs réguliers plus âgés dans le cadre du critère des goûts et habitudes des consommateurs utilisé pour l'analyse du produit similaire, et eu égard au fondement de la mesure, à savoir la santé publique.[419]

7.204 Nous avons donc une première possibilité qui est de considérer que les consommateurs pertinents sont les fumeurs. Si nous choisissons de suivre cette option, la question suivante qui se pose est celle de savoir si nous devrions examiner le marché pertinent des cigarettes des États-Unis en général ou si nous devrions nous attacher à des segments particuliers du marché sur la base d'une

[415] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.
[416] Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 22.
[417] Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 23.
[418] Réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 24.
[419] Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 17.

différenciation en fonction de l'âge. Cette question semble revêtir une importance particulière parce que l'objectif déclaré de l'article 907 a) 1) A) est de réduire le tabagisme chez les jeunes.

7.205 La deuxième possibilité est de considérer que les consommateurs pertinents sont les jeunes "qui ne fument pas encore" – autrement dit, les jeunes qui n'ont pas encore commencé à fumer mais pourraient potentiellement en faire l'expérience. Cette possibilité est conforme à l'objectif énoncé à l'article 907 a) 1) A) – c'est-à-dire réduire le tabagisme chez les jeunes – parce que le groupe dont nous croyons comprendre qu'il est visé par le règlement est celui des jeunes qui commencent ou peuvent commencer à fumer.

7.206 À notre avis, l'objectif légitime du règlement technique en cause, l'article 907 a) 1) A), c'est-à-dire réduire le tabagisme chez les jeunes, délimite le champ des consommateurs dont nous devrions examiner les goûts et habitudes dans le cadre de ce critère, d'autant que nous devons examiner la façon dont les consommateurs perçoivent les cigarettes en cause. Le but de la mesure est d'empêcher que les jeunes ne deviennent des fumeurs et de dissuader de fumer ceux qui fument actuellement de façon occasionnelle les types de cigarettes plus attrayantes. Il nous semble donc évident que pour examiner ce critère, nous devons prendre en considération les jeunes. En outre, nous pensons comme les États-Unis que nous devrions aussi prendre en considération les fumeurs potentiels, c'est-à-dire les jeunes qui ne fument pas encore ou qui le font de manière occasionnelle et ne sont donc pas dépendants.

7.207 Nous rappelons que, selon l'Organe d'appel, eu égard au principe général énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994, une détermination de la "similarité" au titre de l'article III:4 est une détermination globale de l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits. Selon l'Organe d'appel, dans la mesure où les préférences des consommateurs affectent le "rapport de concurrence" des produits sur le marché, elles devraient être examinées. Comme nous l'avons dit plus haut, nous ne pensons pas que la jurisprudence fondée sur la concurrence devrait être transposée automatiquement dans une analyse de la similarité au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Cependant, nous pensons que nous pourrons trouver certaines indications utiles dans les analyses antérieures effectuées au titre de l'article III du GATT de 1994 lors de l'analyse des préférences des consommateurs.

7.208 Nous rappelons que, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a rejeté l'argument du Canada selon lequel les goûts et habitudes des consommateurs étaient non pertinents dans ce différend car "l'existence de la mesure [avait] perturbé les conditions de concurrence normales entre les produits".[420] Lorsque la demande sur le marché a été influencée par des obstacles réglementaires au commerce ou à la concurrence, un Membre doit quand même analyser les goûts et habitudes des consommateurs, peut-être en présentant des éléments de preuve indiquant une substituabilité à partir d'un marché tiers pertinent ou des éléments de preuve indiquant une demande latente ou réprimée des consommateurs sur ce marché.[421] Il apparaît donc que, dans la mesure où le rapport de concurrence est faussé par les mesures en cause elles-mêmes, cela pourrait être pris en compte, sous réserve d'être expliqué et analysé. Autrement dit, le critère de la "similarité" est destiné à s'assurer qu'on s'attendrait normalement à ce que les produits à comparer aient un rapport étroit de concurrence et à ce que les facteurs qui faussent en réalité ce rapport attendu, tels que la mesure en cause, puissent être pris en compte (alors que le critère du "traitement moins favorable", qui intervient par la suite, servirait à déterminer si les mesures ont affecté d'une manière défavorable ce rapport de concurrence au détriment des produits importés). L'interdiction imposée à la suite de l'article 907 a) 1) A), qui retire les cigarettes aux clous de girofle du marché des États-Unis, constitue à l'évidence une distorsion des rapports de concurrence sur le marché puisqu'elle élimine la concurrence.

[420] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 123.

[421] L'Organe d'appel faisait référence à sa décision dans l'affaire *Corée – Boissons alcooliques.* Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 123.

7.209 Gardant cela à l'esprit, nous notons que les éléments de preuve relatifs aux préférences des consommateurs présentés par les parties ne peuvent pas fournir d'indications claires à cet égard. D'une part, l'Indonésie fait valoir qu'"on sait que les fumeurs alternent les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac, ce qui montre qu'en fait, ils sont prêts à substituer les produits les uns aux autres pour obtenir la même utilisation finale, qui est de fumer".[422] Par la suite, elle affirme que "presque 90 pour cent des jeunes fumeurs (âgés de moins de 18 ans) ne consomment pas de cigarettes aux clous de girofle".[423] Les États-Unis, en revanche, déclarent dans leur première communication écrite que les cigarettes aux clous de girofle présentent un attrait particulier pour les jeunes, alors que les adultes préfèrent fumer régulièrement des cigarettes au tabac et des cigarettes mentholées.[424] Dans leur deuxième communication écrite, ils axent leur argumentation sur le fait que "[l]es jeunes en période d'initiation sont séduits par les caractéristiques physiques attrayante des cigarettes aux clous de girofle et ne les considèrent pas comme interchangeables avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées".[425]

7.210 Nous faisons observer que, pour étayer leurs arguments, les deux parties s'appuient sur une série d'enquêtes concernant les habitudes tabagiques aux États-Unis.[426] Ces études, toutefois, n'emploient pas les mêmes paramètres de recherche. De fait, elles étudient des groupes d'âge différents[427], posent des questions différentes[428] et se fondent sur des approches méthodologiques différentes.[429] Par conséquent, étant donné que les renseignements provenant des différentes enquêtes présentées par les parties ne sont pas directement comparables, nous estimons que nous ne pouvons pas nous appuyer sur les renseignements fournis par ces enquêtes en ce qui concerne les parts de marché pour analyser le critère des goûts et habitudes des consommateurs.[430]

---

[422] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 82.

[423] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 84.

[424] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 185.

[425] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 114.

[426] L'Indonésie s'appuie sur les enquêtes suivantes: a) National Survey on Drug Use and Health (2007) (pièce IND-3); b) Western Watts Survey (pièce IND-26); c) Monitoring the Future Survey (pièce IND-33); et d) une enquête téléphonique réalisée par Opinion Research Corporation (pièce IND-34). Les États-Unis, quant à eux, fondent leurs arguments sur les enquêtes suivantes: a) National Survey on Drug Use and Health (2002 et 2003) (pièce US-53); et b) National Youth Tobacco Survey (pièce US-53).

[427] Par exemple, l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé de 2007 utilisée par l'Indonésie examine la consommation de cigarettes aux clous de girofle, de cigarettes mentholées et de cigarettes ordinaires chez les jeunes de moins de 18 ans et les adultes, alors que les enquêtes nationales sur la consommation de drogues et la santé de 2002 et 2003 mentionnées par les États-Unis recueillent des renseignements sur la consommation de cigarettes de deux principaux groupes d'âge: a) les 12-25 ans et b) les personnes de plus de 26 ans.

[428] Par exemple, l'une des questions figurant dans l'enquête Western Watts présentée par l'Indonésie dans son dossier est "quel type de cigarettes fumez-vous *le plus fréquemment*?" (pas d'italique dans l'original), alors que l'enquête nationale sur le tabac chez les jeunes présentée par les États-Unis enquête sur la consommation de cigarettes aux clous de girofle et de cigarettes mentholées au cours des 30 jours précédents.

[429] La pièce US-55 montre que les différences méthodologiques entre l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé et l'enquête Surveiller l'avenir ont eu une incidence sur leurs résultats. La principale différence réside dans l'objet de chaque enquête; alors que l'enquête Surveiller l'avenir s'intéresse aux jeunes, l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé porte sur une population plus large. En outre, parmi les autres différences figurent les éléments suivants: a) taux de réponse différents; b) erreur d'échantillonnage; c) effet de périodes différentes; d) formulation différente des questions; e) traitement différent des données; et f) cadre des entretiens différent.

[430] Nous notons que les renseignements présentés par l'Indonésie au sujet des parts de marché présupposent que le marché est constitué des cigarettes fumées aux États-Unis, ce qui inclut, au minimum, les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires. Par conséquent, si nous voulons comparer les fluctuations des parts de marché des seules cigarettes aux clous de girofle par rapport à celles des cigarettes mentholées, ces renseignements ne sont peut-être pas fiables.

7.211 Cela étant dit, nous notons que l'Organe d'appel a indiqué que "la mesure dans laquelle les consommateurs [étaient] – ou seraient – disposés à choisir un produit plutôt qu'un autre pour opérer ces utilisations finales [était un] élément [] de preuve très pertinent [] pour évaluer la "similarité" de[s] [] produits".[431] Une analyse des préférences des consommateurs supposerait donc de déterminer la substituabilité d'un produit à un autre. La notion de *substituabilité* et de *substituables* (figurant dans la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994) repose sur la possibilité qu'un consommateur substitue quelque chose à quelque chose d'autre. Une *substitution* effective ou actuelle n'est donc pas requise; au contraire, la notion semble plutôt rendre compte de "la mesure dans laquelle les consommateurs sont *disposés* à utiliser les produits pour remplir ces fonctions".[432]

7.212 Nous rappelons aussi que, comme l'Organe d'appel l'a reconnu, "il y a une échelle des niveaux de "compétitivité" ou de "substituabilité" des produits sur le marché et … il est difficile, voire impossible, d'indiquer dans l'abstrait, d'une manière précise, où se situe sur cette échelle le terme "similaires" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994".[433] L'Organe d'appel a dit aussi cependant qu'"[il ne] dis[ait] pas que *tous* les produits entre lesquels exist[ait] un *certain* rapport de concurrence [étaient] des "produits similaires" au sens de l'article III:4".[434]

7.213 On trouvera dans l'analogie suivante, qui s'appuie sur celle proposée par l'Indonésie[435] entre Coca-Cola et Pepsi, un exemple permettant d'illustrer ce point. En principe, les consommateurs de Coca-Cola sont très fidèles à cette boisson sans alcool. Toutefois, sur un vol Virgin, un consommateur de Coca-Cola pourrait *substituer* Virgin Cola à Coca-Cola, alors même que cela ne constituerait pas son choix premier, car seul Virgin Cola est proposé. Cela veut dire que, pour ce consommateur, ces produits sont, dans une certaine mesure, substituables. Une situation semblable pourrait être possible dans le contexte des cigarettes. Les fumeurs sont très fidèles à leur marque mais, s'il n'y a aucune possibilité d'obtenir des cigarettes de cette marque, il est probable qu'ils fumeraient ce qui est disponible. Nous avons néanmoins interrogé les parties au sujet de la pertinence de la fidélité à une marque pour notre analyse de la similarité dans le cadre de ce critère et leur réponse a été qu'elle n'était pas pertinente. À cet égard, les États-Unis font valoir que dans le présent différend, la fidélité à une marque n'est pas importante pour l'analyse de la similarité.[436] Selon l'Indonésie, étant donné que les consommateurs sont disposés à substituer les uns aux autres les goûts des cigarettes aux clous de girofle, des cigarettes mentholées et des cigarettes au tabac, la fidélité à une marque n'empêche pas ces cigarettes d'être substituables.[437]

7.214 À notre avis, il est approprié d'examiner la substituabilité des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées du point de vue du groupe de consommateurs pertinent qui, comme nous l'avons expliqué plus haut, comprend les jeunes fumeurs et ceux qui sont prêts à devenir fumeurs. On pourrait faire valoir que pour eux, il est probable que n'importe quelle cigarette conviendrait pour commencer à fumer. Nous notons que, comme cela est expliqué plus en détail ci-après, les éléments de preuve présentés par les parties montrent que les cigarettes aromatisées, catégorie qui comprend à la fois les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle, présentent un attrait particulier pour les jeunes. Par conséquent, pour déterminer comment les jeunes perçoivent les cigarettes et s'ils seraient disposés à remplacer une cigarette par une autre, ou substituer une cigarette à une autre, pour commencer à fumer, nous jugeons pertinent le fait que les deux types de cigarettes présentent un attrait pour les jeunes.

---

[431] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117.
[432] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 117 (pas d'italique dans l'original).
[433] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.
[434] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.
[435] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 83.
[436] Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 93 du Groupe spécial, paragraphe 21.
[437] Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 93 du Groupe spécial, paragraphe 39.

7.215 Nous rappelons l'explication concernant la mise en œuvre de l'article 907 a) 1) A) figurant dans le rapport de la Chambre sur la FSPTCA[438], qui indique que "[c]onformément à l'objectif général du projet de loi qui est de protéger la santé publique, y compris en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes, [l'article 907 a) 1) A)] vise à prohiber la fabrication et la vente de cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes".[439]

7.216 En outre, selon la Directive de la FDA[440] expliquant la raison d'être de la prohibition des cigarettes ayant des arômes caractérisants qui est imposée par l'article 907 a) 1) A), "[o]utre qu'ils sont plus attractifs pour les jeunes, les produits aromatisés facilitent les débuts des nouveaux fumeurs en masquant l'arôme désagréable du tabac. Des études ont démontré en outre que les jeunes pensent que les produits du tabac aromatisés sont plus sûrs que les produits non aromatisés".[441]

7.217 Les éléments de preuve présentés par les parties montrent en outre que les deux types de cigarettes en cause, en raison précisément de leur arôme caractérisant qui contribue à masquer l'âpreté du tabac, sont attrayants pour les jeunes et constituent pour eux de meilleurs vecteurs d'initiation que les cigarettes ordinaires.

7.218 Par exemple, l'étude de l'OMS intitulée "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", présentée par les États-Unis, indique que "[d]es études fondées sur des documents internes de l'industrie du tabac donnent à penser que les agents aromatisants peuvent aussi jouer un rôle important dans le ciblage par ladite industrie des jeunes et des fumeurs inexpérimentés".[442] Cette étude dit aussi que "[l]e menthol a été utilisé pour cibler les nouveaux fumeurs appartenant à différents groupes ethniques".[443]

7.219 L'étude intitulée "Tobacco Policy Trend Alert on the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (Alerte sur l'évolution des pratiques en matière de tabac – la commercialisation des cigarettes à l'arôme de bonbon), présentée par les États-Unis, conclut que "… les chiffres et les documents de l'industrie indiquent clairement que les cigarettes aromatisées attirent les jeunes fumeurs et, conjuguées à la publicité des sociétés productrices de tabac pour ces produits, ciblent les mineurs".[444]

7.220 Nous rappelons que l'étude de l'OMS intitulée "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation" explique comment le menthol et l'eugénol dérivé des clous de girofle sont ajoutés aux cigarettes "spécifiquement pour réduire l'âpreté de la fumée et permettre au fumeur d'inhaler davantage de substances addictives et toxiques". Cette étude souligne aussi que les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle sont souvent commercialisées comme étant moins toxiques et conclut qu'"il est possible que les ingrédients ajoutés contribuent à la perception selon laquelle ces cigarettes sont moins nocives et délétères".[445]

7.221 Chose intéressante, le rapport de l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé intitulé "Use of Menthol Cigarettes" (consommation de cigarettes mentholées), présenté par

---

[438] Voir les paragraphes 2.6 et 2.7 ci-dessus.

[439] Pièce US-67.

[440] Voir les paragraphes 2.8 à 2.11 ci-dessus.

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

[442] Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation," WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 26.

[443] Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation," WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 26.

[444] American Lung Association, "Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada – The Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (juillet 2005, updated mai 2006) (pièce US-35), page 7.

[445] Pour la citation complète, voir le paragraphe 7.182 ci-dessus.

l'Indonésie, indique que: "[l]e menthol peut masquer l'âpreté de la fumée de cigarette et, partant, faciliter l'initiation des adolescents au tabac".[446] C'est aussi la conclusion à laquelle est arrivée le document susmentionné intitulé "Tobacco Policy Trend Alert on the Marketing of Candy-Flavored Cigarettes", présenté par les États-Unis, qui conclut qu'"[e]n raison de son effet rafraîchissant dans la bouche et la gorge, le menthol aidait à masquer l'âpreté de la fumée de cigarette".[447]

7.222 De plus, un article paru dans une revue médicale spécialisée intitulé "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects" (cigarettes aux clous de girofle: motifs d'inquiétude concernant les effets sur la santé), présenté par les États-Unis, indique que "[l]es cigarettes aux clous de girofle présentent un attrait pour les adolescents qui font l'expérience de l'usage du tabac et peuvent influer sur le développement d'habitudes tabagiques ultérieures".[448]

7.223 En outre, le rapport de mars 2011 du TPSAC communiqué à la FDA[449] corrobore notre interprétation selon laquelle les cigarettes mentholées présentent un attrait particulier pour les jeunes.

---

[446] Use of Menthol Cigarettes, "The National Survey on Drug Use and Health Report", 19 novembre 2009 (pièce IDN-66), page 1.

[447] American Lung Association, "Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada – The Marketing of Candy-Flavored Cigarettes" (juillet 2005, updated mai 2006) (pièce US-35) page 5.

[448] Guidotti *et al*, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", The Western Journal of Medicine (août 1989) (pièce US-38), page 1.

[449] Comme cela est expliqué au paragraphe 2.23, la FSPTCA chargeait le TPSAC de remettre un rapport à la FDA sur l'incidence des cigarettes mentholées sur la santé publique. Le rapport de mars 2011 du TPSAC a été remis à la FDA le 18 mars 2011. Ce rapport notait, entre autres choses, que "les cigarettes mentholées [étaient] particulièrement populaires chez les jeunes fumeurs" et adressait à la FDA la recommandation générale suivante: "[l]e retrait des cigarettes mentholées du marché serait bénéfique pour la santé publique aux États-Unis". Rapport de mars 2011 du TPSAC, pages 36 et 208, disponible à l'adresse http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consulté le 10 mai 2011. Eu égard aux conclusions du rapport de mars 2011 du TPSAC, le Groupe spécial a demandé aux parties: i) si la recommandation susmentionnée énoncée dans le rapport de mars 2011 du TPSAC était pertinente pour le différend; ii) quelle était la pertinence du rapport de mars 2011 du TPSAC pour la question de savoir si les cigarettes aromatisées au menthol étaient "similaires" aux cigarettes aux clous de girofle; iii) de présenter des observations au sujet de l'importance des éléments de preuve présentés dans le rapport de mars 2011 du TPSAC concernant le nombre de cigarettes mentholées fumées par les jeunes, pour ce qui est du différend; et iv) si le Groupe spécial pourrait procéder à une "évaluation objective" de la question dont il était saisi au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord sans tenir compte du rapport de mars 2011 du TPSAC. Selon les États-Unis, i) la recommandation a, au plus, une pertinence marginale pour les questions soulevées dans le différend (réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 10); ii) toute pertinence du rapport de mars 2011 du TPSAC pour la comparaison avec le produit "similaire" dans le différend est très limitée (réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 16); iii) les données figurant dans le rapport de mars 2011 du TPSAC ont une pertinence limitée pour les questions sur lesquelles le Groupe spécial doit se prononcer (réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 21); et iv) le Groupe spécial n'agirait pas d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord si, dans son rapport, il ne prenait pas en considération le rapport de mars 2011 du TPSAC (réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 4). Selon l'Indonésie, i) la recommandation du TPSAC concernant le menthol n'est pas pertinente pour le différend (réponse de l'Indonésie à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 1); ii) le rapport de mars 2011 du TPSAC n'est pas particulièrement pertinent pour la question de savoir si les cigarettes aromatisées au menthol sont "similaires" aux autres cigarettes aromatisées (réponse de l'Indonésie à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 4; iii) les éléments de preuve et conclusions du rapport de mars 2011 du TPSAC sont compatibles avec les faits affirmés par l'Indonésie dans le différend (réponse de l'Indonésie à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 5); et iv) le Groupe spécial peut procéder à une "évaluation objective" de la question dont il est saisi sans tenir compte du rapport de mars 2011 du TPSAC (réponse de l'Indonésie à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 6).

7.224 Par exemple, le rapport de mars 2011 du TPSAC conclut que l'industrie a élaboré la commercialisation des cigarettes mentholées de façon à attirer les jeunes:

> "[L]a section concernant la thématique relative à la jeunesse dans la commercialisation des cigarettes mentholées et les études des documents de l'industrie décrits dans la présente section confirment que l'industrie a élaboré la commercialisation de ces cigarettes de façon à attirer les jeunes. Cela est particulièrement vrai pour la marque Newport, mais cette stratégie a été adoptée aussi par d'autres sociétés productrices de tabac. Les messages commerciaux présentaient les cigarettes mentholées comme un produit pour débutant attractif pour les nouveaux fumeurs qui n'étaient pas habitués au goût intense du tabac ni/ou à des concentrations élevées de menthol. Des études empiriques fournissent d'autres éléments de preuve montrant l'existence d'un ciblage: les jeunes sont attentifs aux publicités pour les cigarettes mentholées et sont attirés par elles. La publicité pour les cigarettes, y compris la publicité pour les cigarettes mentholées, a une plus grande incidence sur le choix de la marque par les adolescents qu'elle n'en a pour les fumeurs adultes."[450]

7.225 Le rapport de mars 2011 du TPSAC signale aussi que les cigarettes mentholées plaisent aux jeunes et aux fumeurs débutants en raison des effets sensoriels qu'elles procurent:

> "[L]es éléments de preuve donnent à penser que les jeunes choisissent les cigarettes mentholées, en particulier celles qui ont une faible teneur en menthol, parce qu'elles sont relativement faciles à fumer pour le fumeur débutant, et qu'ils les perçoivent comme moins nocives que les cigarettes non mentholées … Considérés ensemble, les différents éléments de preuve étayent l'idée que les cigarettes mentholées attirent les jeunes et les fumeurs débutants en raison des effets sensoriels qu'elles procurent."[451]

7.226 Le rapport de mars 2011 du TPSAC indique aussi que "[l]es éléments de preuve sont suffisants pour conclure que l'existence d'un lien est plus probable que son absence quant au fait que la disponibilité des cigarettes mentholées augmente la probabilité et le degré de dépendance chez les jeunes fumeurs".[452]

7.227 En outre, dans le chapitre intitulé "Public Health Impact" (incidence sur la santé publique), le rapport de mars 2011 du TPSAC conclut, entre autres choses, que la disponibilité des cigarettes mentholées accroît le phénomène d'initiation chez les jeunes, c'est-à-dire le nombre de fumeurs, et a par conséquent une incidence défavorable sur la santé publique aux États-Unis:

> "Le TPSAC conclut effectivement que la disponibilité des cigarettes mentholées a conduit à une augmentation du nombre de fumeurs et que cette augmentation a effectivement une incidence défavorable sur la santé publique aux États-Unis. Le TPSAC a trouvé des éléments de preuve indiquant que la disponibilité des cigarettes mentholées accroissait l'initiation; le taux élevé de consommation de cigarettes mentholées chez les jeunes et la tendance observée sur la dernière décennie à l'intensification de cette consommation chez les jeunes de 12 à 17 ans étaient

---

[450] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 66, disponible à l'adresse http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consulté le 22 avril 2011.

[451] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 103, disponible à l'adresse http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consulté le 22 avril 2011.

[452] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 199, disponible à l'adresse http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consulté le 22 avril 2011.

> particulièrement préoccupants, alors même que la consommation de cigarettes non mentholées reculait. Le TPSAC a conclu aussi que la réussite du sevrage était moins probable chez les fumeurs de cigarettes mentholées. Par conséquent, la disponibilité des cigarettes mentholées accroît l'initiation et diminue le sevrage, ce qui accroît le nombre de personnes qui fument. Cette augmentation du nombre de fumeurs constitue une incidence défavorable de la disponibilité des cigarettes mentholées sur la santé publique."[453]

7.228 Nous notons que, s'agissant du rapport de mars 2011 du TPSAC, les États-Unis reconnaissent que "le rapport est mentionné dans la législation des États-Unis; les parties y ont fait référence dans leurs communications au Groupe spécial; et les médias ont largement fait état de sa publication".[454] Nous sommes d'avis que nous pouvons nous appuyer sur le rapport de mars 2011 du TPSAC pour corroborer nos constatations puisque cela serait compatible avec les articles 11 et 13 du Mémorandum d'accord.

7.229 Les *Directives partielles* de l'OMS renforcent notre interprétation. En effet, il apparaît qu'elles montrent que la communauté scientifique perçoit les cigarettes incluant des additifs qui améliorent le goût, c'est-à-dire celles dont l'article 907 a) 1) A) indique qu'elles ont un arôme caractérisant, comme faisant partie d'un même panier ou d'une même catégorie de cigarettes qui attirent les consommateurs. À cet égard, les *Directives partielles* de l'OMS font valoir que "[l]a réglementation des ingrédients visant à réduire l'attractivité des produits du tabac peut contribuer à abaisser la prévalence du tabagisme et de la dépendance tant chez les nouveaux consommateurs que chez les consommateurs habituels". Elles recommandent donc, entre autres choses, ce qui suit: "Les [p]arties devraient réglementer, en la limitant ou en l'interdisant, l'utilisation d'ingrédients pouvant servir à améliorer le goût des produits du tabac."[455] Les ingrédients ciblés incluent ceux qui sont utilisés pour améliorer le goût. Parmi les ingrédients améliorant le goût qui sont énumérés dans les *Directives partielles* de l'OMS, nous trouvons des agents masquants comme le menthol ainsi que des épices et des extraits végétaux, qui incluent la menthe et peuvent viser les clous de girofle.

7.230 Les deux parties semblent convenir que les *Directives partielles* de l'OMS sont potentiellement pertinentes pour le différend. Tout d'abord, en réponse à une question du Groupe spécial, l'Indonésie a fait valoir que les *Directives partielles* de l'OMS n'étaient pas pertinentes pour les questions de fait et de droit dont était saisi le Groupe spécial.[456] Par la suite, elle a toutefois nuancé sa position en faisant valoir que les principales constatations et recommandations factuelles énoncées à la fois dans les directives et dans le rapport s'appliquaient également tant aux cigarettes aromatisées aux clous de girofle qu'aux cigarettes aromatisées au menthol.[457] Les États-Unis ont fait valoir que les *Directives partielles* de l'OMS étayaient l'approche réglementaire des États-Unis consistant à interdire les arômes caractérisants dans les cigarettes.[458] Ils ont précisé par la suite que, bien que les *Directives partielles* de l'OMS présentent des constatations et recommandations factuelles générales pertinentes pour le présent différend, ces constatations ne tenaient pas compte spécifiquement des circonstances particulières existant aux États-Unis et, par conséquent, ne devraient pas être considérées comme s'appliquant également à tous les arômes ou additifs.[459] Nous souscrivons au point de vue des États-Unis selon lequel les *Directives partielles* de l'OMS ne s'appliquent pas

[453] Rapport de mars 2011 du TPSAC, page 199, disponible à l'adresse http://www.fda.gov/AdvisoryCommittees/CommitteesMeetingMaterials/TobaccoProductsScientificAdvisoryCommittee/ucm237359.htm, consulté le 22 avril 2011.

[454] Réponse des États-Unis à la question n° 115 du Groupe spécial, paragraphe 5.

[455] Le texte du projet de Directives, qui a été adopté sans modification à la COP, peut être consulté en ligne à l'adresse http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_28draft-fr.pdf.

[456] Réponse de l'Indonésie à la question n° 19 du Groupe spécial.

[457] Réponse de l'Indonésie à la question n° 97 du Groupe spécial.

[458] Réponse des États-Unis à la question n° 19 du Groupe spécial.

[459] Réponse des États-Unis à la question n° 97 du Groupe spécial.

nécessairement directement aux besoins réglementaires particuliers d'un pays donné. Toutefois, "s'appuyant sur les meilleures données scientifiques disponibles et sur l'expérience des Parties"[460], ces directives montrent effectivement qu'il existe un consensus croissant au sein de la communauté internationale en faveur du renforcement des politiques de lutte antitabac par une réglementation de la composition des produits du tabac, y compris les additifs qui rendent les cigarettes plus attractives et en améliorent le goût. Par conséquent, nous estimons que les *Directives partielles* de l'OMS corroborent notre interprétation.

7.231 La conclusion inévitable est que tant les cigarettes mentholées que les cigarettes aux clous de girofle attirent les jeunes en raison de la présence d'un additif qui leur donne un arôme caractérisant ayant pour effet de masquer l'âpreté du tabac. En effet, les rapports, études et articles scientifiques susmentionnés montrent qu'au niveau international, il est considéré que les additifs comme le clou de girofle, le menthol, la vanille, le chocolat, le café, etc. qui confèrent un certain arôme caractérisant aux cigarettes améliorent le goût et, de ce fait, attirent les jeunes. Nous observons que les études de l'OMS et les *Directives partielles* de l'OMS étayent le point de vue selon lequel les jeunes sont attirés par les cigarettes ayant des arômes qui améliorent le goût, et que les études ne font pas de distinction entre les catégories d'arômes pour ce qui est de savoir s'ils attirent plus ou moins les jeunes; de fait, tous sont mis dans le même panier comme étant attractifs pour les jeunes. Ces études reposent par conséquent sur l'hypothèse que les jeunes sont généralement attirés par les cigarettes ayant des arômes caractérisants ou des additifs qui en améliorent le goût. Pour simplifier, toutes ces cigarettes aromatisées sont perçues comme des vecteurs d'initiation à la cigarette. Ce point de vue est aussi celui qui est exprimé dans la Directive de la FDA[461] et, dans une certaine mesure, dans les diverses notes explicatives sur les raisons sous-tendant l'adoption de l'article 907 a) 1) A) qui figurent dans le rapport de la Chambre.

7.232 Nous sommes d'avis que les diverses études susmentionnées et leurs conclusions indiquent que dans l'esprit des jeunes, les cigarettes aromatisées, y compris celles aromatisées aux clous de girofle ou au menthol, sont semblables. Par conséquent, nous concluons que la perception de nombre des consommateurs en cause en l'espèce, à savoir les jeunes fumeurs et les jeunes fumeurs potentiels, est que les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes aromatisées aux clous de girofle sont semblables pour ce qui est de commencer à fumer.

Classement tarifaire des produits

7.233 Le dernier critère est celui du classement tarifaire des produits. Selon l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, "[l]e classement tarifaire correspond clairement aux propriétés physiques d'un produit".[462] Toutefois, l'Organe d'appel a bien précisé que, même lorsque la classification douanière des produits comparés était la même, "cette indication de "similarité" ne saurait être déterminante en soi".[463]

7.234 L'**Indonésie** affirme que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays ont le même classement tarifaire international au niveau de la position à six chiffres[464], dont elle

[460] Directives partielles de l'OMS, Section 1.1.
[461] La Directive de la FDA indique par exemple ce qui suit:
"Des études ont démontré en outre que les jeunes pensent que les produits du tabac aromatisés sont plus sûrs que les produits non aromatisés.
Les cigarettes aromatisées sont aussi dépendogènes et ont le même type d'effets néfastes que les cigarettes ordinaires. Il est important de retirer ces produits aromatisés du marché car cela supprimera une des voies empruntées par les jeunes pour commencer à faire régulièrement usage du tabac." Directive de la FDA, page 2.
[462] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.
[463] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 146.
[464] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 64.

indique, en réponse à une question, qu'il s'agit de la position 2402.20.[465] En outre, pour réfuter un argument présenté par les États-Unis, elle précise que toute différence de classement tarifaire au niveau de la position à huit chiffres est sans pertinence, étant donné que seul le classement au niveau de la position à six chiffres peut être comparé sur le plan international.[466]

7.235 Dans leur première communication écrite, les **États-Unis** ne font aucune observation sur la déclaration de l'Indonésie selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays relèvent du même classement tarifaire international, si ce n'est qu'ils notent que l'Organe d'appel a fait remarquer que le classement tarifaire ne saurait être déterminant en soi.[467] Par la suite, dans leur deuxième communication écrite, ils font valoir que les "cigarettes aux clous de girofle sont traitées différemment de toutes les "autres" cigarettes au niveau de la position à huit chiffres de la Liste des États-Unis annexée au GATT de 1994".[468]

7.236 Les cigarettes peuvent être classées dans le chapitre 24 du Système Harmonisé sous la position 2402 visant les "Cigares (y compris ceux à bouts coupés), cigarillos et cigarettes, en tabac ou en succédanés de tabac". Nous avons trouvé trois codes à six chiffres du SH pertinents pour les cigarettes, à savoir:

> "240210 Cigares (y compris ceux à bouts coupés) et cigarillos, contenant du tabac
>
> 240220 Cigarettes contenant du tabac
>
> 240290 Autres".

7.237 Par conséquent, la position à six chiffres pour les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires est la position 2402.20.

7.238 S'agissant de la position du classement tarifaire, les États-Unis déclarent en outre que le traitement fiscal de deux produits différents devrait avoir très peu d'importance dans l'analyse du "produit similaire" lorsque la mesure nationale considérée est adoptée, non à des fins fiscales, mais pour protéger la santé humaine.[469] Toutefois, dans la mesure où c'est pertinent, ils notent que l'Indonésie ne traite apparemment pas les cigarettes aux clous de girofle d'une manière "similaire" à celle dont elle traite les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées importées à des fins de taxation intérieure.[470]

7.239 Nous ne voyons pas la pertinence de la politique fiscale de l'Indonésie dans l'évaluation de ce critère. Nous devons examiner si le classement tarifaire de ces types de cigarettes est semblable. À cet égard, l'Organe d'appel a signalé qu'en examinant ce critère, les groupes spéciaux devraient normalement prendre en considération les nomenclatures tarifaires établies sur la base du Système Harmonisé.[471] De ce point de vue, nous constatons que tant les cigarettes aux clous de girofle que les cigarettes mentholées sont classées dans la sous-position 2402.20 du SH.

---

[465] Réponse de l'Indonésie à la question n° 45 du Groupe spécial, paragraphe 98. Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 90.
[466] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 90.
[467] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 168.
[468] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 116.
[469] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 191.
[470] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 192.
[471] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 25.

iv) Conclusion concernant la similarité

7.240 Nous avons constaté plus haut que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient physiquement semblables et que les unes et les autres incluaient un additif qui leur conférait un arôme caractérisant. Nous avons dit aussi que la présence de cet additif était particulièrement pertinente si elle était examinée dans le contexte du but immédiat de l'article 907 a) 1) A), qui est un "règlement technique" visant à réglementer les cigarettes incluant ces additifs.

7.241 Nous avons constaté aussi que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées avaient la même utilisation finale qui était fumer.

7.242 Nous avons constaté en outre que la perception des consommateurs en cause en l'espèce, à savoir les jeunes fumeurs et les jeunes fumeurs potentiels, était que les cigarettes aromatisées étaient semblables pour ce qui est de commencer à fumer.

7.243 Enfin, nous avons constaté que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées étaient classées sous le même code à six chiffres du SH, à savoir 2402.20.

7.244 Comme nous l'avons expliqué tout au long de nos constatations, le Groupe spécial est arrivé aux conclusions ci-dessus en gardant à l'esprit le fait que la mesure en cause était un règlement technique qui avait pour but immédiat de réglementer les cigarettes ayant un arôme caractérisant en vue d'atteindre l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. Comme nous l'avons expliqué, nous pensons que cet objectif légitime doit imprégner et éclairer notre analyse de la similarité. En soupesant ces critères, nous avons donc examiné soigneusement la pertinence des caractéristiques qui sont importantes pour l'objectif de santé publique énoncé à l'article 907 a) 1) A), c'est-à-dire réduire le tabagisme chez les jeunes.

7.245 Nous estimons que notre approche fondamentale de la "similarité" en l'espèce est compatible avec une hypothèse très utile présentée par les États-Unis à la deuxième réunion du Groupe spécial et réitérée en réponse à une question du Groupe spécial:

> "Certains produits peuvent être considérés comme similaires dans certains contextes mais pas dans d'autres. Par exemple, comme les États-Unis l'ont noté à la deuxième réunion de fond avec le Groupe spécial, les tasses en papier, en plastique et en aluminium pourraient être considérées comme des produits "similaires", indépendamment de ces différences physiques, en ce qui concerne une taxe ou une autre mesure fiscale. Toutes permettent la même utilisation finale consistant à contenir des liquides et peuvent être considérées comme interchangeables par les consommateurs dans ce contexte. Les différents matériaux utilisés pour les tasses peuvent être considérés comme moins importants dans l'analyse du produit similaire dans cette situation. Toutefois, les mêmes tasses ne pourraient pas être considérées comme "similaires" en ce qui concerne une mesure réglementant les produits qui peuvent être utilisés sans danger dans les fours à micro-ondes. Dans cette situation, les différents matériaux utilisés pour fabriquer les tasses seraient plus pertinents, car l'aluminium ne peut pas être utilisé sans danger dans un four à micro-ondes. Cette différence aurait une incidence sur le point de savoir si les consommateurs considèrent chaque tasse comme étant adaptée à l'utilisation dans un four à micro-ondes et serait pertinente pour des mesures réglementant les tasses pouvant être utilisées dans un four à micro-ondes. Dans ce contexte, les différents matériaux utilisés constitueraient des différences importantes entre les tasses. La mesure particulière en cause est pertinente pour le point de savoir si les différentes propriétés

> physiques de la tasse signifient qu'une tasse donnée n'est pas "similaire" à une autre tasse."[472]

7.246 Nous pensons que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées peuvent être considérées comme "similaires" dans certains contextes mais pas dans d'autres. Par exemple, ces deux sortes de cigarettes ne pourraient pas être considérées comme "similaires" dans le contexte d'une hypothétique mesure réglementant les produits sur la base de caractéristiques que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées n'ont pas en commun, par exemple le point de savoir si elles contiennent de l'eugénol (les cigarettes aux clous de girofle en contiennent et la plupart des cigarettes mentholées n'en contiennent pas). Dans le même ordre d'idées, elles ne pourraient pas être considérées comme "similaires" dans le contexte d'une hypothétique taxe ou mesure fiscale établie sur la base du type de tabac qu'elles contiennent (les cigarettes aux clous de girofle contiennent généralement du tabac de Java séché au soleil, ce qui n'est pas le cas de la plupart des cigarettes mentholées). Toutefois, ces deux mêmes types de cigarettes pourraient être considérés comme "similaires" dans le contexte d'autres mesures qui réglementeraient les produits sur la base des caractéristiques que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont effectivement en commun, par exemple une hypothétique mesure établissant entre les différents produits du tabac une distinction reposant sur le fait que ces produits sont ou non carcinogènes (ce que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont les unes et les autres).

7.247 La mesure en cause en l'espèce réglemente clairement les cigarettes sur la base d'une caractéristique que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont en commun, qui, selon le libellé de l'article 907 a) 1) A), est qu'elles "contiendr[ont] en tant que constituant … ou additif, un arôme artificiel ou naturel … ou un extrait végétal ou une épice … qui soit un arôme caractérisant". Dans le contexte de cette mesure particulière, qui réglemente les produits du tabac sur la base de cette caractéristique particulière – qui peut être regardée comme étant peut-être la particularité définissant chaque type de produit –, nous constatons qu'il est très difficile de voir en quoi les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ne seraient pas considérées comme "similaires". Comme nous l'avons analysé dans nos constatations, nous sommes conscients qu'il y a certaines différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées. Il se peut fort bien que ces différences amènent à la conclusion que ces deux produits ne sont pas "similaires" dans le contexte de mesures différentes. Toutefois, dans le contexte de la mesure en cause en l'espèce, ces différences sont moins importantes et moins pertinentes. En d'autres termes, contrairement à ce que les États-Unis font valoir[473], ces différences ne sont pas liées à l'objectif de santé publique de la mesure en cause et, par conséquent, ne sont pas pertinentes pour l'analyse du produit similaire en l'espèce. À notre avis, les similitudes relatives à l'objectif de santé publique de l'article 907 a) 1) A) sont très pertinentes pour l'analyse du produit similaire dans les circonstances de la présente affaire.

7.248 En conséquence, compte tenu de nos conclusions qui précèdent, nous constatons que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

d) Question de savoir s'il est accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale

i) Introduction

7.249 Le fait que l'article 907 a) 1) A) établit une différence entre les produits similaires n'est pas suffisant en soi pour constituer une violation de l'obligation de traitement national qui figure à

[472] Réponse des États-Unis à la question n° 96 du Groupe spécial, paragraphe 52.
[473] Déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 27 (pas d'italique dans l'original).

l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. En fait, nous devons aussi constater que l'article 907 a) 1) A) accorde aux cigarettes aux clous de girofle importées un "traitement moins favorable" que celui qu'il accorde au produit national similaire, à savoir les cigarettes mentholées.[474]

7.250 Il y a deux questions préliminaires sur lesquelles nous devons apporter des éclaircissements avant d'examiner en détail cet élément du critère relatif au traitement national. La première est l'approche interprétative du Groupe spécial et la seconde est la nature de l'allégation de l'Indonésie concernant un traitement moins favorable.

ii) Approche adoptée par le Groupe spécial pour interpréter le critère relatif au traitement moins favorable prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC

7.251 Comme avec la "similarité", la notion de "traitement moins favorable" a été interprétée dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994. Cette jurisprudence résulte d'une analyse fondée sur la concurrence qui repose sur des références explicites au principe général énoncé à l'article III:1 du GATT de 1994. Nous sommes donc à nouveau confrontés à la question de savoir si nous devons suivre cette jurisprudence, ou plutôt interpréter cette notion dans le contexte de l'*Accord OTC* et à la lumière de l'objectif légitime[475] de l'article 907 a) 1) A).

7.252 Les parties ont fait valoir leurs positions respectives concernant cet élément de l'allégation relative au traitement national en invoquant différents aspects de la jurisprudence établie par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994.[476]

7.253 Comme nous l'avons expliqué plus haut, il apparaît que le libellé de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* est calqué sur celui de l'article III:4 du GATT de 1994. Les deux articles imposent aux Membres en des termes semblables d'accorder aux produits importés "un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale". Cependant, cette obligation ne s'applique qu'aux règlements techniques et cela, comme nous l'avons aussi dit précédemment, est de la plus haute importance pour l'interprétation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* en l'espèce.

7.254 Bien que nous convenions avec les parties qu'il faut donner du poids à cette similitude dans la formulation, nous le faisons avec prudence parce que, comme l'a fait observer l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, même dans la mesure où les termes utilisés sont identiques, ceux-ci "doi[vent] être interprété[s] à la lumière du contexte, ainsi que de l'objet et du but, de la disposition en question, et à la lumière de l'objet et du but de l'accord visé dans lequel figure cette disposition".[477]

7.255 Nous pensons que l'approche que nous avons adoptée pour interpréter la "similarité" visée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC* devrait aussi s'appliquer, pour les mêmes raisons, à notre analyse de la question de savoir s'il a été accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées "un traitement moins favorable" que celui qui est accordé au produit national similaire, à savoir les cigarettes mentholées. Nous avons expliqué plus haut qu'à notre avis, l'objectif légitime de réduction du tabagisme des jeunes doit imprégner et éclairer notre analyse de la similarité. Nous suivrons une approche analogue dans notre examen du présent élément.

---

[474] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100.

[475] Nous renvoyons à la section VII.F.2) c) dans laquelle nous avons conclu que l'Indonésie n'avait pas démontré que l'objectif de l'interdiction n'était pas "légitime".

[476] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 66 à 68; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 93 à 104; première communication écrite des États-Unis, paragraphes 196 à 212; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 126 à 144.

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

iii) Discrimination de jure contre discrimination de facto

7.256 Nous notons qu'il y a eu une importante évolution, ou peut-être clarification, dans l'argumentation développée par l'Indonésie au regard de ce critère. Initialement, il est apparu que l'Indonésie, dans sa première communication écrite, alléguait une discrimination *de jure*, en dépit du fait que l'article 907 a) 1) A), tel qu'il est libellé, est neutre quant à l'origine. L'Indonésie n'a pas mentionné de discrimination *de facto* dans sa première communication écrite. Les États-Unis ont répondu que l'Indonésie ne s'était pas acquittée de la charge qui lui incombait de démontrer qu'il était accordé aux cigarettes aux clous de girofle un traitement moins favorable sur la base de leur origine nationale.[478] Ils ont rappelé que l'article III:4 interdisait aux Membres d'accorder un traitement moins favorable, "que ce soit *de jure* ou *de facto*", aux produits importés par rapport aux produits nationaux et ont néanmoins entrepris de réfuter une allégation de discrimination *de facto* potentielle dans leur première communication écrite.

7.257 En réponse à une question du Groupe spécial et après la présentation des communications des tierces parties, l'Indonésie a allégué que l'article 907 a) 1) A) entraînait une discrimination *de facto* à l'encontre des produits importés. Elle a souligné qu'alors que les cigarettes mentholées (et les cigarettes ordinaires) étaient produites aux États-Unis, les cigarettes aux clous de girofle, qui étaient interdites, étaient principalement importées d'Indonésie. Selon elle, cela signifie que l'interdiction imposée par l'article 907 a) 1) A) n'affectait pratiquement aucune des cigarettes produites dans le pays dont les parts de marché sont pertinentes.[479]

7.258 L'Indonésie fait observer (en référence à la déclaration orale du Brésil[480]) que le Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* a expliqué que "la discrimination *de facto* [était] une expression générale décrivant la conclusion juridique selon laquelle une mesure neutre en apparence transgresse une norme de non-discrimination parce que son effet réel est d'imposer des conséquences défavorables à différents degrés à certaines parties et parce qu'il est constaté que ces effets différenciés sont inopportuns ou injustifiables".[481]

7.259 L'Indonésie se réfère en outre à la déclaration orale de la Norvège[482] pour donner des précisions supplémentaires sur la jurisprudence existante au sujet de la discrimination *de facto*. Elle fait observer que des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont examiné la conception, la structure et le fonctionnement de la mesure lorsqu'ils ont évalué la discrimination *de facto*.[483] Elle souligne en outre que des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté qu'il y avait discrimination *de facto* si les produits dans le pays tendaient à faire l'objet d'un traitement plus favorable que les produits importés similaires.[484]

7.260 Nous observons que l'article 907 a) 1) A) n'interdit pas explicitement certains types de cigarettes sur la base de leur origine, mais plutôt en fonction de l'arôme caractérisant que possèdent ces cigarettes. Un traitement moins favorable *de jure* serait donc exclu. En outre, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie ne contient aucune indication selon laquelle l'allégation indonésienne est limitée au traitement moins favorable *de jure*; elle indique seulement que la mesure en cause constitue une violation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* parce qu'elle "aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à un produit national similaire, les cigarettes mentholées". Par

[478] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 174.
[479] Réponse de l'Indonésie à la question n° 48 du Groupe spécial, paragraphes 100 à 102.
[480] Déclaration orale du Brésil en tant que tierce partie, paragraphe 7.
[481] Rapport du Groupe spécial *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, paragraphe 7.101.
[482] Déclaration orale de la Norvège en tant que tierce partie, paragraphe 19.
[483] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 215.
[484] Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphes 51 à 53; rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 8.119 à 8.121.

ailleurs, les États-Unis n'ont pas fait valoir que l'évolution de l'argumentation de l'Indonésie leur avait été préjudiciable d'une quelconque manière et ont examiné assez longuement la question de la discrimination *de facto* dans leur première communication écrite.

7.261 Dans ces circonstances, nous décidons d'examiner l'allégation de l'Indonésie en tant qu'allégation de traitement moins favorable *de facto*.

iv) Critère relatif au traitement moins favorable prévu à l'article 2.1 de l'Accord OTC

7.262 Comme nous l'avons expliqué plus haut, la notion de "traitement moins favorable" n'a pas été interprétée dans le contexte de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, sauf très brièvement par le Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*.[485] Comme nous l'avons aussi expliqué précédemment, cette notion a été interprétée dans un contexte de traitement national par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel au regard de l'article III:4 du GATT de 1994.

7.263 La notion de "traitement moins favorable" a été tout d'abord interprétée au regard de l'article III:4 du GATT de 1994 par le Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière* comme exigeant "l'égalité effective des possibilités" offertes aux produits importés[486] et cette même ligne d'interprétation a été suivie par de groupes spéciaux ultérieurs et par l'Organe d'appel.[487]

7.264 Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a fait observer que "[l]a question de savoir si les produits importés [étaient] soumis à un traitement "moins favorable" que les produits nationaux similaires devrait … être appréciée en se demandant si une mesure modifi[ait] les *conditions de concurrence* au détriment des produits importés *sur le marché en question*".[488]

7.265 Nous notons que comme avec la notion de "produits similaires", l'Organe d'appel, dans l'affaire *CE – Amiante*, a interprété l'expression "traitement moins favorable" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 à la lumière du principe général énoncé à l'article III:1 et a ainsi considéré que "[l]'expression "traitement moins favorable" exprim[ait] le principe général, énoncé à l'article III:1, selon lequel les réglementations intérieures "ne devr[aient] pas être appliquées … de manière à protéger la production nationale"".

7.266 L'Organe d'appel a expliqué que "[s]i un "traitement moins favorable" [était] accordé au groupe des produits importés "similaires", une "protection" [était] à l'inverse accordée au groupe des produits nationaux "similaires"".[489] Comme il l'a dit dans l'affaire *CE – Amiante*, "[u]n Membre peut toutefois établir une distinction entre des produits qui ont été jugés "similaires", sans accorder, pour cela, au groupe des produits *importés* "similaires" un "traitement moins favorable" que celui qui est accordé au groupe des produits *nationaux* "similaires"".[490] Par conséquent, le fait que des distinctions de traitement soient établies entre différents produits ne constitue pas nécessairement un traitement "moins favorable". En outre, il peut y avoir des cas dans lesquels l'application de dispositions

[485] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.464 à 7.476.

[486] Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, paragraphe 5.11.

[487] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.10; rapport du Groupe spécial *CE – Bananes III*, paragraphes 7.179 et 7.180; rapport du Groupe spécial *Japon – Pellicules*, paragraphe 10.379.

[488] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137. (pas d'italique dans l'original)

[489] Nous notons que dans cette affaire, il n'était pas demandé à l'Organe d'appel d'examiner les constatations formulées par le Groupe spécial au sujet du traitement moins favorable. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100.

[490] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100.

juridiques formellement *identiques* accorderait dans la pratique un traitement moins favorable au produit importé.[491] De ce fait, il semblerait qu'un "traitement moins favorable" existe, du moins au regard de l'article III:4 du GATT de 1994, quand le produit importé est en situation de désavantage concurrentiel sur le marché intérieur par suite de la mesure.

7.267 En conséquence, selon l'article III:4 du GATT de 1994, la question de savoir si "un traitement moins favorable" est accordé aux produits importés par rapport aux produits nationaux similaires repose essentiellement sur l'évaluation des conditions de concurrence sur le marché. Nous observons toutefois que l'examen de la question de savoir si la mesure en cause assure "l'égalité effective des possibilités de concurrence" n'a *pas* besoin d'être fondée sur les effets réels de la mesure sur le marché.[492]

7.268 Par conséquent, nous croyons comprendre, au vu de la jurisprudence relative à l'article III:4 du GATT de 1994 évoquée ci-dessus, que la question qui devrait être examinée est celle de savoir si l'égalité des conditions de concurrence entre produits importés et produits nationaux est affectée.[493] Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a indiqué que les produits importés étaient traités moins favorablement que les produits similaires si une mesure modifiait les conditions de concurrence sur le marché en question *au détriment des produits importés*.[494] Cependant, comme l'a fait observer l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, "l'existence d'un effet défavorable sur un produit importé donné résultant d'une mesure n'implique pas nécessairement que cette mesure accorde un traitement moins favorable aux importations si l'effet défavorable s'explique par des facteurs ou des circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*, tels que la part de marché de l'importateur en l'espèce".[495] En conséquence, il ne suffit pas de constater l'existence d'une incompatibilité avec l'article III:4 sur la seule base du fait que la mesure en cause a des effets défavorables sur les conditions de concurrence dont bénéficie un produit importé. Le plaignant doit aussi montrer que ces effets défavorables sont liés à l'origine étrangère du produit en cause.

7.269 Dans l'ensemble, la jurisprudence de l'Organe d'appel concernant l'élément du traitement moins favorable prévu à l'article III:4 du GATT de 1994 fournit les indications suivantes: i) le critère relatif au traitement moins favorable est lié à l'incidence de la mesure sur le rapport de concurrence entre les groupes de produits importés et les groupes de produits nationaux similaires; ii) un traitement moins favorable existera si les mesures *modifient* ces conditions de concurrence au *détriment* du groupe des produits similaires importés; iii) un groupe spécial est tenu d'examiner si l'effet ou les effets préjudiciables peuvent s'expliquer par des facteurs ou circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*; et iv) aucune démonstration distincte du fait que les mesures sont appliquées "de manière à protéger" la production n'est requise.

Quels sont les produits à comparer

7.270 Avant d'aller plus loin, nous devons tout d'abord déterminer quels sont les *produits à comparer* aux fins de l'analyse du traitement moins favorable, c'est-à-dire quels sont les produits nationaux et quels sont les produits importés aux fins du critère relatif au traitement moins favorable.

---

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

[492] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 215.

[493] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 18, mentionnant les rapports des groupes spéciaux du GATT *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, paragraphe 5.1.9, et *Japon – Boissons alcooliques I*, paragraphe 5.5 b).

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

[495] Rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96. (pas d'italique dans l'original)

7.271 Quand le Groupe spécial lui a posé la question, l'**Indonésie** a estimé qu'aux fins de l'analyse du "traitement moins favorable", le produit importé était uniquement les cigarettes aux clous de girofle et le ou les produits nationaux seraient uniquement tout type de cigarette que l'article 907 a) 1) A) n'interdisait pas et que le Groupe spécial jugeait "similaire" aux cigarettes aux clous de girofle (par exemple les cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac). L'Indonésie fait observer qu'elle n'a formulé aucune allégation en ce qui concerne le traitement des cigarettes aux clous de girofle par rapport à celui des cigarettes à l'arôme de "bonbon".[496] Pour elle, lorsqu'on présente des arguments dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994, on peut établir l'existence d'une violation en montrant que *certains* produits importés (c'est-à-dire ceux qui sont traités le moins favorablement) sont soumis à un traitement moins favorable que *certains* produits nationaux similaires (c'est-à-dire ceux qui sont traités le plus favorablement). Selon l'Indonésie, en l'espèce, la comparaison pertinente consiste à déterminer si les cigarettes aux clous de girofle importées sont "similaires" à *toutes* cigarettes nationales qui n'ont *pas* été interdites, en l'occurrence les cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac. Toujours selon elle, il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial examine si les cigarettes aux clous de girofle sont traitées moins favorablement que les cigarettes nationales qui ont aussi été interdites ou que les cigarettes importées qui n'ont pas été interdites.[497]

7.272 Selon les **États-Unis**, le Groupe spécial devrait comparer le traitement accordé à *toutes* les cigarettes importées (dans la mesure où elles sont similaires), et pas simplement aux cigarettes aux clous de girofle, avec le traitement accordé à *toutes* les cigarettes produites dans le pays (dans la mesure où elles sont similaires). Partant de ce point de vue, les États-Unis soulignent que l'article 907 a) 1) A) s'applique aux cigarettes ayant des arômes caractérisants, tant importées que nationales, qui forment une catégorie restreinte des cigarettes en général. En outre, l'interdiction ne s'applique pas aux cigarettes ordinaires ni aux cigarettes mentholées de quelque origine qu'elles soient, y compris les cigarettes ordinaires importées d'Indonésie et les cigarettes mentholées tant importées que nationales. De l'avis des États-Unis, l'Indonésie a tort d'affirmer que l'article 907 a) 1) A) accorde un traitement moins favorable "si *une* cigarette indonésienne importée est incluse parmi les arômes caractérisants interdits et qu'*une* cigarette produite aux États-Unis ne l'est pas".[498] Pour les États-Unis, l'approche relative au "meilleur traitement" préconisée par l'Indonésie est incompatible avec le texte de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Les États-Unis estiment qu'en fait, comme l'a établi l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, la comparaison pertinente se fait entre le *groupe* des produits importés "similaires" et le *groupe* des produits nationaux "similaires".[499] Selon eux, l'Organe d'appel a reconnu qu'un Membre pouvait établir des distinctions entre des produits jugés "similaires" sans protéger la production nationale ni accorder un traitement moins favorable aux produits importés.[500]

7.273 À notre avis, la jurisprudence de l'OMC ne cautionne pas la proposition selon laquelle il est possible d'établir l'existence d'un "traitement moins favorable" simplement en montrant que *certains* produits importés sont traités moins favorablement que *certains* produits nationaux similaires. En fait, nous convenons avec les États-Unis qu'il s'agit là d'un "point de vue extrême que l'Organe d'appel a rejeté sans ambages" dans l'affaire *CE – Amiante*.[501]

7.274 Nous pensons néanmoins qu'aux fins de l'analyse du "traitement moins favorable", l'Indonésie a raison de conclure que la comparaison devrait se faire entre: i) les cigarettes *aux clous de girofle* importées (par opposition à tous les types de cigarettes importées aux États-Unis en provenance de

---

[496] Réponse de l'Indonésie à la question n° 49 du Groupe spécial, paragraphes 103 à 105.

[497] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 100.

[498] Deuxième communication écrite des États-Unis, section II.A.4.a, paragraphes 119 à 125. (pas d'italique dans l'original)

[499] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 119 à 123.

[500] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 204.

[501] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 119.

tous les pays); et ii) les cigarettes produites dans le pays dont le Groupe spécial a constaté qu'elles étaient des produits "similaires", c'est-à-dire les cigarettes mentholées.

7.275 Notre raisonnement, qui est très différent de l'argument juridique avancé par l'Indonésie, est assez simple et direct. L'article 2.1 de l'*Accord OTC* appelle une comparaison des "produits importés en provenance du territoire de tout Membre" avec les "produits similaires d'origine nationale".[502] Ces dispositions font référence aux produits importés en provenance du territoire de "*tout autre Membre*", et non de "Membres" ou "d'autre Membres" plus généralement. Les produits importés en l'espèce sont les produits importés en provenance du territoire de l'*Indonésie*. Et il apparaît que les parties s'accordent à reconnaître que la grande majorité des cigarettes qui étaient importées d'Indonésie aux États-Unis étaient des cigarettes *aux clous de girofle*.[503]

7.276 À notre avis, il n'est pas vrai, comme les États-Unis le donnent à entendre, qu'"*une* cigarette indonésienne importée est incluse parmi les arômes caractérisants interdits et qu'*une* cigarette produite aux États-Unis ne l'est pas". En revanche, la grande majorité des exportations indonésiennes de cigarettes vers les États-Unis sont incluses parmi les arômes caractérisants interdits en vertu de l'article 907 a) 1) A). Nous notons que cela serait conforme aux constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*. À notre avis, la comparaison entre le groupe des produits importés similaires et le groupe des produits nationaux similaires englobe les situations dans lesquelles un traitement moins favorable est accordé à "la grande majorité des importations".

7.277 S'agissant de l'aspect national, nous rappelons que nous avons constaté que les cigarettes mentholées étaient "similaires" aux cigarettes aux clous de girofle aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, entre autres choses parce que les unes et les autres contiennent un additif leur conférant un arôme caractérisant qui les rend attrayantes pour les jeunes. Nous n'avons pas entrepris d'analyser si les cigarettes ordinaires nationales étaient "similaires" aux cigarettes aux clous de girofle importées car nous considérons que nous outrepasserions notre mandat.

7.278 Nous allons donc examiner si les États-Unis ont accordé aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'ils accordaient aux cigarettes mentholées nationales.

Question de savoir si les produits en cause sont traités différemment

7.279 Une fois les produits à comparer identifiés, l'étape suivante devrait consister à déterminer si les produits en cause sont *traités différemment*. En l'espèce, la conclusion évidente est que le traitement ne peut pas être plus différent. Les cigarettes aux clous de girofle sont interdites, tandis que les cigarettes mentholées sont exclues du champ de l'interdiction.

7.280 Nous concluons par conséquent que les produits en cause sont traités d'une manière fondamentalement différente.

---

[502] Nous notons que l'article III:4 du GATT de 1994 appelle de même une comparaison des "produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante" avec les "produits similaires d'origine nationale".

[503] En réponse à un argument de l'Indonésie selon lequel toutes les cigarettes importées aux États-Unis étaient des cigarettes aux clous de girofle en dépit du fait que la pièce US-91 montrait qu'un faible pourcentage de cigarettes autres que les cigarettes aux clous de girofle étaient importées aux États-Unis, ceux-ci précisent qu'il est improbable que les fabricants de cigarettes aux clous de girofle aient importé par erreur leurs cigarettes sous la mauvaise sous-position (celle des cigarettes autres que les cigarettes aux clous de girofle), étant donné qu'ils appliquent aux cigarettes aux clous de girofle un droit de douane inférieur à celui qu'ils appliquent à toute autre cigarette (réponse des États-Unis à la question n° 81 du Groupe spécial).

Question de savoir si le traitement différent est appliqué au détriment des produits importés

7.281 Nous rappelons que la jurisprudence de l'Organe d'appel concernant l'article III:4 du GATT de 1994 explique qu'il n'est pas suffisant de constater que le traitement est différent, mais qu'il doit être constaté que le traitement différent modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés.[504] Nous convenons qu'il ne devrait pas être suffisant en soi de constater que les produits nationaux et les produits importés similaires sont traités différemment, et que cette différence de traitement doit avoir pour conséquence que les produits importés sont traités moins favorablement. En l'espèce, une conclusion est évidente: les cigarettes aux clous de girofle importées sont interdites tandis que les cigarettes mentholées nationales similaires sont autorisées à rester sur le marché.

Question de savoir si le traitement moins favorable est lié à l'origine nationale des importations

7.282 Les parties ne sont pas d'accord sur la manière d'interpréter les constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, selon lesquelles il n'y a pas de traitement moins favorable quand l'effet préjudiciable s'explique par des facteurs ou circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*. Les **États-Unis** interprètent ces constatations comme appelant à procéder à une analyse en deux étapes pour constater qu'un traitement moins favorable existe: i) il faut déterminer que le produit importé similaire et le produit national ont été *traités différemment sur la base de l'origine nationale*; et ii) il faut déterminer si cette différence de traitement accorde un traitement moins favorable au produit importé. Les États-Unis s'appuient en outre sur l'approche adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* pour étayer cette approche en deux étapes.[505] Ils expliquent que dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a d'abord constaté que la mesure coréenne en cause accordait aux produits importés et aux produits nationaux un traitement différent en exigeant que ces produits soient distribués par le biais de circuits de distribution distincts. Après la constatation initiale de l'existence d'un traitement différent, l'Organe d'appel a entrepris d'examiner si ce traitement différent signifiait que les produits importés étaient traités moins favorablement sur la base de l'origine nationale du produit. Il a conclu que parce qu'elle imposait aux détaillants la "nécessité d'opérer un choix" entre la viande de bœuf nationale et la viande de bœuf importée, la mesure coréenne en elle-même limitait les possibilités de commercialisation de la viande de bœuf importée et modifiait de ce fait les conditions de concurrence au détriment de ce produit.

7.283 Pour les États-Unis, la question de savoir si une mesure accorde un traitement moins favorable est axée sur la manière dont cette mesure traite les produits importés par rapport aux produits nationaux. Les États-Unis font valoir qu'à cette fin, l'Organe d'appel a examiné si la mesure altérait les conditions de concurrence au détriment des produits importés par rapport aux produits nationaux – mais a établi clairement qu'une mesure n'altérait *pas* les conditions de concurrence au détriment des produits importés quand le détriment allégué "s'expliqu[ait] par des facteurs ou des circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*".[506] Ils font valoir qu'alors qu'il n'y a pas d'approche unique ni de facteur nécessairement décisif permettant d'arriver à la conclusion juridique qu'il existe un "traitement moins favorable" – et que différents facteurs sont importants en

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

[505] Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 249, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphes 144 à 146.

[506] Les États-Unis font référence au rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96 (pas d'italique dans l'original); au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 144; et au rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 8.118. Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 127.

fonction des faits et circonstances particuliers – le principe directeur de l'analyse est qu'une mesure ne doit pas réserver un traitement spécial aux importations sur la base de l'origine nationale de manière à protéger le produit national.[507] Selon les États-Unis, quand un effet préjudiciable allégué sur un produit importé n'est pas imputable à l'origine étrangère de ce produit, mais à un autre facteur, cet effet n'est pas un élément de preuve indiquant qu'il existe un traitement moins favorable.[508]

7.284 Les États-Unis estiment que ce raisonnement est également valable en ce qui concerne l'article 2.1 de l'*Accord OTC* qui, à leur avis, doit être interprété de manière à autoriser les règlements techniques fondés sur des distinctions légitimes entre les produits – même quand ces distinctions peuvent avoir une incidence différente sur des produits différents. Pour eux, l'Indonésie cherche à mettre fin à tout travail d'analyse en réduisant l'analyse du "traitement moins favorable" à la question mécanique de savoir si une mesure s'applique à toute importation et pas à tout produit national similaire. De l'avis des États-Unis, cette approche est insuffisante car l'essence des obligations en matière de traitement national est la question de savoir si une mesure accorde un traitement moins favorable aux produits importés par rapport aux produits nationaux, et cette question exige un examen de tous les faits pertinents.[509] Selon les États-Unis, l'analyse du "traitement moins favorable" ne consiste pas simplement à déterminer quelles cigarettes sont interdites et quelles cigarettes ne le sont pas, sans examiner aussi tous les éléments de preuve pertinents, y compris le but objectif de la mesure et la question de savoir si les effets préjudiciables allégués pour les importations dépendent de l'origine nationale de ces importations.[510]

7.285 L'**Indonésie** désapprouve la qualification du "traitement moins favorable" donnée par les États-Unis et fait valoir qu'aucun rapport de groupe spécial ni de l'Organe d'appel n'a jamais exigé à la fois un critère relatif au "traitement moins favorable" et un deuxième critère "sur la base de l'origine nationale" au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.[511] Selon elle, la formulation employée par les États-Unis éliminerait la notion de discrimination *de facto*.[512] L'Indonésie dit estimer comme le Brésil que les États-Unis interprètent mal la décision rendue par l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* en sortant une unique phrase de son contexte factuel.[513] Elle fait valoir que, comme le Brésil l'a fait observer, dans ce différend, l'Organe d'appel n'affirmait pas de manière générale et absolue qu'une mesure était compatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 si ses effets préjudiciables étaient sans rapport avec l'origine étrangère du produit en question. Il disait simplement que les effets préjudiciables pour les produits importés n'étaient pas équivalents, *ipso facto*, à une discrimination, car d'autres caractéristiques de ces effets étaient aussi pertinentes pour évaluer si un traitement moins favorable était accordé aux produits importés.[514] Comme l'Indonésie et les tierces parties l'ont expliqué, les produits nationaux et les produits importés peuvent être traités différemment, mais ce traitement sera "moins favorable" s'il a pour effet de modifier les conditions de concurrence au détriment des produits importés.[515] L'Indonésie demande instamment au Groupe spécial de rejeter le point de vue proposé par les États-Unis, à savoir que l'article 907 a) 1) A) doit établir une discrimination "sur la base de l'origine nationale" pour donner

[507] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 127.
[508] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 50; réponse des États-Unis à la question n° 95 du Groupe spécial, paragraphe 49.
[509] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 128.
[510] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 50.
[511] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 97; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 63.
[512] Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 63.
[513] Déclaration orale du Brésil, paragraphe 11.
[514] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 98; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 64.
[515] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 99; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 57.

lieu à l'octroi d'un "traitement moins favorable" aux cigarettes aux clous de girofle importées.[516] Selon elle, ce n'est pas à elle qu'il incombe de démontrer que les importations du même produit en provenance de pays différents ou les importations de produits différents sont traitées d'une manière moins favorable que les produits nationaux. L'Indonésie fait valoir que le Groupe spécial n'est pas saisi de la question du traitement des produits importés en provenance d'autres pays.[517]

7.286 Nous rappelons que nous traitons d'un règlement technique, l'article 907 a) 1) A), dont le but immédiat est d'interdire les cigarettes contenant un additif qui leur confère un arôme caractérisant. La raison qui sous-tend l'article 907 a) 1) A) est la poursuite de l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme des jeunes. Nous rappelons en outre l'explication de cet article qui est donnée dans le rapport de la Chambre sur la FSPTCA[518], et qui est libellée comme suit: "Conformément à l'objectif général du projet de loi qui est de protéger la santé publique, y compris en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes, [l'article 907 a) 1) A)] vise à prohiber la fabrication et la vente de cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes."[519]

7.287 C'est dans ce contexte que nous devrions examiner si les cigarettes aux clous de girofle importées sont traitées moins favorablement que les cigarettes mentholées nationales, c'est-à-dire si elles font l'objet d'une discrimination. Nous jugeons utile la définition que donne l'Organe d'appel, dans l'affaire *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, de ce qu'est une discrimination et de la manière dont celle-ci peut se manifester:

> "… Considéré dans l'abstrait, le concept de discrimination peut englober aussi bien le fait d'établir des distinctions entre des situations semblables que le fait de traiter des situations dissemblables d'une manière formellement identique. L'Organe d'appel a précédemment traité le concept de discrimination et le sens de l'expression "sans ... discrimination", et a reconnu que, du moins en ce qui concerne le fait d'établir des distinctions entre des situations semblables, le sens ordinaire du mot "discrimination" peut englober à la fois le fait d'opérer des distinctions en soi, et le fait d'opérer des distinctions en s'appuyant *sur un fondement inapproprié*. Seule une interprétation complète et correcte d'une disposition énonçant une prohibition de discrimination permettra de savoir quel type de traitement différencié est prohibé. Dans tous les cas, un plaignant qui allègue l'existence d'une *discrimination* devra établir qu'un traitement différencié a eu lieu afin de pouvoir faire admettre son allégation."[520]

7.288 Le préambule de l'*Accord sur l'OMC* nous vient à l'esprit à cet égard: "*Désireuses* de contribuer à la réalisation de ces objectifs par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations dans les relations commerciales internationales." Comme l'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*: "Étant donné que ce préambule dénote les intentions des négociateurs de l'*Accord sur l'OMC*, il doit, selon nous éclairer, ordonner et nuancer notre interprétation des accords annexés à l'*Accord sur l'OMC*."[521] Nous ne pensons pas que l'intention des négociateurs était d'autoriser les Membres à réglementer des produits d'une manière discriminatoire.

---

[516] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 99.
[517] Réponse de l'Indonésie à la question n° 95 a) du Groupe spécial.
[518] Voir les paragraphes 2.6 et 2.7 ci-dessus.
[519] Pièce US-67.
[520] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 87.
[521] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 153.

7.289 L'*Accord OTC* autorise les Membres à réglementer des produits afin d'atteindre un objectif légitime, en l'occurrence un objectif de santé publique qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. Les États-Unis ont dit au présent Groupe spécial qu'ils n'incluaient pas les cigarettes mentholées, dont nous avons constaté qu'elles étaient similaires aux cigarettes aux clous de girofle aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, parce qu'agir ainsi sans procéder à une évaluation plus poussée ne serait pas approprié sur le plan de la santé publique, à cause de problèmes comme l'incidence potentielle sur le système de soins de santé et l'émergence potentielle d'un marché noir et d'une contrebande de cigarettes mentholées.[522] Il nous apparaît que ces raisons, que les États-Unis ont présentées comme constituant en elles-mêmes un objectif légitime, se rapportent d'une façon ou d'une autre aux coûts que les États-Unis pourraient avoir à supporter s'ils devaient interdire les cigarettes mentholées. En fait, si les États-Unis n'interdisent pas les cigarettes mentholées, ce n'est pas parce qu'il ne s'agit pas d'un type de cigarette ayant un arôme caractérisant qui présente un attrait pour les jeunes[523], 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[524] et une très forte proportion des cigarettes fumées par les jeunes aux États-Unis.[525] Il nous semble qu'une interdiction des cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que le menthol a pour effet d'imposer des coûts aux producteurs des autres Membres, notamment aux producteurs d'Indonésie, sans imposer parallèlement de coûts à quelque entité des États-Unis que ce soit.

---

[522] Les États-Unis renvoient le Groupe spécial aux conclusions suivantes de la FDA:

> "Le retrait soudain du marché de produits dont tant de millions de personnes sont dépendants serait dangereux. Premièrement, cela pourrait exposer nombre de ces personnes à de graves risques sanitaires. Deuxièmement, il est possible que notre système de soins de santé soit submergé par les demandes de traitement que feraient ces personnes et il est peu probable que les produits pharmaceutiques disponibles puissent traiter avec succès les symptômes de sevrage de nombreux consommateurs de tabac. Troisièmement, l'agence croit aussi qu'étant donné la force de la dépendance et la difficulté que présente par conséquent l'abandon de l'usage du tabac, un marché noir et une contrebande se mettraient en place afin de fournir ces produits aux fumeurs. Il semble également probable que des produits provenant du marché noir seraient encore plus dangereux que les produits commercialisés actuellement, car ils pourraient contenir des niveaux encore plus élevés de goudron, de nicotine et d'additifs toxiques."

Regulations Restricting the Sale and Distribution of Cigarettes and Smokeless Tobacco to Protect Children and Adolescents, 61 Fed. Reg., page 44413 (pièce US-25). Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 22. Voir aussi les paragraphes 23 à 25; la réponse des États-Unis aux questions n° 40, 89 et 100 du Groupe spécial.

[523] Voir les paragraphes 7.200 à 7.232 ci-dessus.

[524] Les États-Unis font valoir qu'il y a des éléments de preuve montrant que des cigarettes ayant des arômes caractérisants produites aux États-Unis étaient sur le marché en 2008 et 2009 (deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 132). À cet égard, ils mettent en avant les pièces US-52 et US-62. À notre avis, aucune des pièces présentées ne démontre que des cigarettes aromatisées produites aux États-Unis étaient vendues sur le marché au moment de l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A). La pièce US-52 ne contient que les "marques connues de cigarettes éventuellement "aromatisées" vendues aux États-Unis" en 2008. Par conséquent, elle ne donne pas d'informations sur les marques de cigarettes présentes sur le marché des États-Unis au moment de l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A). La pièce US-62 dresse la liste des marques de cigarettes aromatisées homologuées en tant que cigarettes "à inflammabilité réduite" dans les États de New York et du Maine en 2009. Bien qu'elle couvre une période allant jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), cette pièce ne démontre pas quels étaient les marques et types de cigarettes effectivement vendus sur le marché des États-Unis à cette date. Au lieu de cela, elle dresse simplement la liste des marques de cigarettes homologuées en tant que cigarettes "à inflammabilité réduite". Nous nous en tenons par conséquent à notre conclusion.

[525] Selon les États-Unis, "environ 31 pour cent des jeunes fumeurs fument des cigarettes mentholées, bien que ce nombre puisse être plus élevé" (première communication écrite des États-Unis, paragraphe 33). Selon l'Indonésie, les cigarettes mentholées représentent approximativement 43 pour cent des cigarettes consommées par les adolescents (première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 2, 7, 40 et 93).

7.290 Nous ne disons pas que les États-Unis ne sont pas autorisés à adopter des mesures comme l'article 907 a) 1) A) afin de réglementer les produits pour des raisons de santé publique; au contraire, cela est permis sous réserve que la mesure respecte les limites fixées à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, comme le fait de ne pas être une mesure plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime. Nous disons que s'ils choisissent d'agir ainsi, les États-Unis ne doivent pas accorder aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'ils accordent aux cigarettes mentholées nationales similaires afin d'éviter des coûts potentiels. En l'espèce, les États-Unis ont adopté un règlement technique afin d'atteindre l'objectif légitime qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes, mais ils ont en même temps limité le nombre des produits visés par ce règlement technique afin de réduire au minimum, voire d'éliminer, les coûts potentiels que cela pouvait leur occasionner, tout en faisant supporter des coûts aux producteurs de produits similaires d'autres Membres.

7.291 L'objet et le but de l'article 2.1 de l'*Accord OTC* sont de prohiber la discrimination entre produits importés et produits nationaux similaires en ce qui concerne les règlements techniques. À notre avis, ce but ne pourrait pas être atteint si les Membres étaient autorisés à exclure leurs produits nationaux de l'application de ces mêmes règlements techniques afin d'éviter les coûts potentiels que cela pourrait autrement leur occasionner.

v) Conclusion relative au traitement moins favorable

7.292 Nous concluons par conséquent qu'en interdisant les cigarettes aux clous de girofle tout en exemptant les cigarettes mentholées de l'interdiction, l'article 907 a) 1) A) accorde effectivement aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux cigarettes mentholées nationales, aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

e) Conclusion générale relative à l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*

7.293 Ayant conclu: i) que l'article 907 a) 1) A) est un règlement technique selon la définition donnée à l'annexe 1.1 de l'*Accord OTC*; ii) que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*; et iii) qu'en interdisant les cigarettes aux clous de girofle tout en excluant les cigarettes mentholées de l'interdiction, l'article 907 a) 1) A) accorde effectivement aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux cigarettes mentholées nationales, aux fins de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, nous constatons que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*.

7.294 Ayant constaté que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, nous n'examinerons donc pas l'allégation subsidiaire formulée par l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

E. QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST JUSTIFIÉ AU REGARD DE L'ARTICLE XX B) DU GATT DE 1994

1. Arguments des parties

7.295 Les **États-Unis** estiment que l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.[526]

[526] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 311 à 342.

7.296 Les États-Unis estiment que l'Indonésie n'a pas établi que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994. Toutefois, ils considèrent que "si le Groupe spécial devait aborder la question des exceptions prévues par le GATT", l'application de l'article 907 a) 1) A) serait justifiée au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.[527] Les États-Unis précisent qu'ils n'invoquent pas l'article XX du GATT comme moyen de défense concernant les allégations formulées par l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC*[528] et que le Groupe spécial n'a donc pas à formuler de constatation concernant la possibilité de recourir à l'article XX pour justifier la violation d'une disposition de l'*Accord OTC*.[529]

7.297 Les États-Unis estiment que l'article 907 a) 1) A) entre dans le champ de l'article XX b).[530] Selon eux, l'article 907 a) 1) A) a été adopté pour protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme et il était nécessaire pour faire en sorte que des produits qui sont essentiellement consommés par les jeunes en tant que produits "pour débutants" et entraînent des années de dépendance, des problèmes de santé et peut-être la mort, ne puissent pas être vendus aux États-Unis.[531] Les États-Unis rappellent que, lorsqu'ils ont été confrontés à la question de savoir si une mesure était "nécessaire", d'autres groupes spéciaux ont engagé "un processus consistant à soupeser et mettre en balance une série de facteurs". Dans la présente affaire, tous les facteurs militent en faveur d'une détermination selon laquelle l'article 907 a) 1) A) est nécessaire. Premièrement, "l'intérêt en jeu est d'une importance fondamentale".[532] Deuxièmement, l'article 907 a) 1) A) "contribue directement" à la protection de la santé et de la vie des personnes et il existe une "véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui est de la fin et des moyens".[533] Troisièmement, le contexte dans lequel l'article 907 a) 1) A) a été adopté – à savoir une proportion de jeunes fumeurs tellement élevée et inacceptable que des restrictions sévères étaient requises – est pertinent pour évaluer le "caractère restrictif pour le commerce" de la mesure, qui, dans les circonstances considérées, est limité.[534]

7.298 Les États-Unis estiment que l'article 907 a) 1) A) satisfait aussi aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.[535] Premièrement, ils font valoir qu'il n'y a "absolument aucun traitement différencié" et que, par conséquent, il ne peut pas y avoir de "discrimination", arbitraire, injustifiée ou autre.[536] Toutefois, même s'il était constaté que l'article 907 a) 1) A) "établissait une discrimination", ce comportement ne pourrait pas être considéré comme "arbitraire" ou "injustifié".[537] Enfin, les éléments de preuve démontrent que l'article 907 a) 1) A) n'est pas une "restriction déguisée" au commerce.[538]

---

[527] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 311; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 72.

[528] Réponse des États-Unis à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 159.

[529] Réponse des États-Unis à la question n° 79 du Groupe spécial, paragraphe 160.

[530] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 315 à 329; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 73 à 77.

[531] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 315 à 318 et 322; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 73 et 74.

[532] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 324; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 76.

[533] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 325 et 326; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 76.

[534] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 327 à 329.

[535] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 330 à 342.

[536] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 334; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

[537] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 335 à 337; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

[538] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 338 à 341; déclaration orale des États-Unis à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 80.

7.299 L'**Indonésie** fait valoir que l'article XX du GATT de 1994 "ne légitime pas" la mesure en cause puisque celle-ci "constitue une restriction au commerce international, présentée sous le couvert d'une mesure nécessaire pour protéger la santé des personnes".[539] L'Indonésie estime en outre que l'article XX b) du GATT de 1994 ne peut pas être invoqué pour des violations de l'*Accord OTC*.[540]

7.300 L'Indonésie estime qu'elle a déjà démontré, dans le contexte de son analyse de la mesure au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*: a) que la mesure n'était pas "nécessaire" pour assurer le niveau de protection recherché par la FSPTCA[541]; et b) que les États-Unis pouvaient raisonnablement appliquer des mesures moins restrictives pour le commerce.[542]

7.301 L'Indonésie estime que, même si la mesure est d'une façon ou d'une autre "nécessaire" pour protéger les jeunes du tabagisme, elle constitue néanmoins une "restriction déguisée" au commerce international au sens du texte introductif de l'article XX.[543] Selon l'Indonésie, en effet, en "concevant l'interdiction des "arômes caractérisants" de façon telle que quasiment aucune cigarette produite dans le pays, y compris celles qui étaient les plus populaires auprès des jeunes, n'était retirée du marché, les États-Unis ont pu créer l'*apparence* d'une action énergique de lutte contre le tabagisme chez les jeunes, sans causer en fait le moindre préjudice réel aux sociétés productrices de tabac des États-Unis, ni supprimer des cigarettes produites dans le pays qui étaient populaires auprès des jeunes".[544]

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.302 Les arguments des parties soulèvent deux grandes questions. La première consiste à savoir si le Groupe spécial doit déterminer si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. Dans l'affirmative, la deuxième question consiste à savoir si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.

7.303 Nous commencerons notre analyse par l'énoncé du texte de l'article XX b) du GATT de 1994. Nous examinerons ensuite la question de savoir si nous devons déterminer si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. Selon notre conclusion, nous poursuivrons ou non notre analyse du moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XX b) du GATT de 1994.

b) Disposition juridique en cause

7.304 L'article XX du GATT de 1994 s'intitule "Exceptions générales". Avec son texte introductif, l'article XX b) est libellé comme suit:

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

[539] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 114 à 127.
[540] Réponse de l'Indonésie à la question n° 79 du Groupe spécial, paragraphes 156 et 157.
[541] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 120.
[542] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 126.
[543] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 121.
[544] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 125 (italique dans l'original).

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

c) Question de savoir si le Groupe spécial doit déterminer si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994

7.305 Comme nous l'avons expliqué plus haut, la première question qu'il nous faut examiner est celle de savoir si nous devons déterminer si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.

7.306 Nous rappelons que le Groupe spécial a constaté que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Plus précisément, nous avons constaté que l'article 907 a) 1) A) accordait aux cigarettes aux clous de girofle (produit importé d'Indonésie) un traitement moins favorable que celui qui était accordé à un produit similaire d'origine nationale (c'est-à-dire les cigarettes mentholées).[545]

7.307 Nous rappelons aussi qu'étant parvenus à cette conclusion, nous avons décidé de ne pas examiner l'allégation subsidiaire formulée par l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994[546] et que nous n'avons donc formulé aucune constatation de violation concernant cette disposition. Il s'ensuit que le Groupe spécial n'a pas besoin d'examiner la question de savoir si une violation de cette disposition pourrait être justifiée au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. Ainsi, compte tenu de notre décision de ne pas examiner l'allégation de violation de l'article III:4 du GATT de 1994 formulée par l'Indonésie, nous nous abstenons d'examiner le moyen de défense invoqué par les États-Unis, au titre de l'article XX b) du GATT de 1994, concernant la violation alléguée de l'article III:4 du GATT de 1994.[547]

7.308 En ce qui concerne la violation de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, les États-Unis ont clairement indiqué qu'ils "n'invoquaient pas l'article XX du GATT de 1994 comme moyen de défense pour les allégations formulées par l'Indonésie au titre de l'*Accord OTC*".[548] Dans les circonstances présentes, nous croyons comprendre que les États-Unis sont d'avis que le Groupe spécial n'a pas à formuler de constatation concernant la possibilité de recourir à l'article XX pour justifier la violation d'une disposition de l'*Accord OTC*.[549]

7.309 Notre tâche consiste à procéder à une évaluation objective de la question dont nous sommes saisis.[550] Il ne nous appartient pas d'étendre le champ de la question au-delà de celui qui nous a été présenté par les parties. Par conséquent, nous ne procéderons pas à un examen de l'article XX b) du GATT de 1994.

d) Conclusion

7.310 Pour ces raisons, le Groupe spécial conclut qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. Le Groupe spécial s'abstient donc de le faire.

---

[545] Voir la section VII.D.2 e) ci-dessus.
[546] Voir la section VII.D.2 e) ci-dessus.
[547] Nous notons que, dans des affaires antérieures, les groupes spéciaux n'ont examiné la question de savoir si une mesure était justifiée au titre de l'une des exceptions générales de l'article XX qu'après avoir reconnu le bien-fondé d'une ou de plusieurs allégations de violation concernant lesquelles ce moyen de défense au titre de l'article XX était invoqué.
[548] Réponse des États-Unis à la question n° 78 du Groupe spécial, paragraphe 159.
[549] Réponse des États-Unis à la question n° 79 du Groupe spécial, paragraphe 160.
[550] Article 11 du Mémorandum d'accord.

F. QUESTION DE SAVOIR SI L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.311 L'**Indonésie** allègue que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.2 de l'*Accord OTC* parce qu'il est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre l'objectif et le niveau de protection recherchés par les États-Unis, et qu'il est donc un obstacle non nécessaire au commerce.[551]

7.312 L'Indonésie affirme que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est de réduire le tabagisme chez les jeunes. Elle s'appuie sur une déclaration figurant dans le rapport de la Chambre selon laquelle l'article 907 a) 1) A) "vise à prohiber la fabrication et la vente de cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes".[552] L'Indonésie estime que les "jeunes" en question sont les mineurs (c'est-à-dire les personnes de moins de 18 ans), et non, comme les États-Unis le font valoir, les mineurs et aussi les jeunes adultes.[553] L'Indonésie s'élève également contre la tentative des États-Unis de traiter la justification alléguée pour l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction comme un deuxième "objectif" de l'article 907 a) 1) A).[554] Toutefois, elle fait valoir que, indépendamment de la question de savoir si le Groupe spécial accepte sa formulation de l'objectif ou celle des États-Unis, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est quand même plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif parce que les deux parties incluent "la réduction du tabagisme chez les jeunes" dans leurs objectifs et que c'est là que le moyen de défense des États-Unis tombe.[555]

7.313 L'Indonésie laisse entendre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'a pas d'objectif "légitime", faisant valoir que c'est une "restriction déguisée" au commerce international et un "loup déguisé en agneau sous le couvert" de la santé publique.[556] Elle précise que même si l'objectif de l'article 907 a) 1) A), "tel qu'il est indiqué" dans la FSPTCA et le rapport de la Chambre (à savoir la réduction du tabagisme chez les jeunes), est un objectif "légitime" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, la "mesure elle-même" est une restriction déguisée au commerce international.[557] Plus spécifiquement, l'Indonésie affirme que les États-Unis n'ont pas inclus les cigarettes mentholées dans l'article 907 a) 1) A) parce que Philip Morris s'y est opposée, que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction a résulté d'un compromis politique, et que la véritable préoccupation était de parvenir à un accord sur la FSPTCA par le biais du Congrès des États-Unis tout

[551] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 73.

[552] Réponse de l'Indonésie à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphes 127 et 128; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 112.

[553] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 114; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 75; observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 101 du Groupe spécial, paragraphes 52 à 54.

[554] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 113; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 74. L'Indonésie fait référence à la déclaration des États-Unis selon laquelle le deuxième objectif serait "d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants, à cause des conséquences potentielles mais inconnues pour la santé des utilisateurs individuels ou de l'ensemble de la population". Réponse des États-Unis aux questions n° 60, 100 du Groupe spécial.

[555] Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 81.

[556] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial.

[557] Réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 34.

en évitant les pertes d'emplois potentielles aux États-Unis qu'entrainerait l'interdiction des cigarettes mentholées.[558]

7.314 L'Indonésie estime que, afin d'analyser si la mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif, le Groupe spécial devrait être guidé par la jurisprudence existante relative à l'article XX b) du GATT de 1994.[559] L'Indonésie note que toutes les tierces parties qui ont mentionné l'article 2.2 de l'*Accord OTC* dans leurs communications et déclarations au Groupe spécial ont souscrit à la conclusion de l'Indonésie sur ce point.[560] Selon elle, les États-Unis surestiment l'importance des différences contextuelles entre l'article 2.2 et l'article XX b) et ne donnent aucune raison convaincante pour expliquer pourquoi le Groupe spécial ne devrait pas considérer les interprétations de l'article XX b) dans son analyse de l'article 2.2.[561] L'Indonésie ne partage pas le point de vue des États-Unis selon lequel l'article 2.2 devrait être interprété de façon à incorporer le libellé "sensiblement moins restrictif pour le commerce" de la note de bas de page 3 relative à l'article 5:6 de l'*Accord SPS*.[562] Toutefois, l'Indonésie estime que l'application de cette norme n'aurait probablement pas de conséquences pratiques en l'espèce parce que toutes les mesures de rechange qu'elle indique seraient "sensiblement" moins restrictives pour le commerce que la mesure appliquée par les États-Unis.[563]

7.315 L'Indonésie fait valoir en outre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" parce qu'elle "dépasse largement le niveau de protection recherché" par les États-Unis.[564] L'Indonésie affirme que le niveau de protection recherché par les États-Unis par le biais de la FSPTCA n'est "pas une réduction radicale du nombre de jeunes qui fument", mais plutôt "une réglementation suffisante pour dissuader les adolescents, mais non leur interdire, de faire l'usage de produits du tabac".[565] Elle estime qu'une interdiction "est l'instrument réglementaire disponible le plus restrictif pour le commerce et peut, dans certaines circonstances, être la seule option pour atteindre un objectif sanitaire, par exemple lorsque le niveau de protection requis est l'*élimination* du risque".[566] L'Indonésie fait un raisonnement selon lequel, bien que la FSPTCA n'indique pas le niveau de protection recherché, le niveau de protection souhaité qui ressort des dispositions de cette loi est très inférieur au niveau élevé allégué par les États-Unis.[567]

7.316 L'Indonésie fait valoir également que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" parce qu'elle n'apporte pas une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes.[568] L'Indonésie estime que la question que le Groupe spécial doit examiner est "celle de savoir si interdire les cigarettes aux clous de girofle, mais pas les cigarettes mentholées ou ordinaires, contribue à

---

[558] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 118; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 37; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

[559] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 75 à 77.

[560] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.

[561] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 109 à 111; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 71.

[562] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 155; réponse de l'Indonésie à la question n° 56 du Groupe spécial, paragraphe 116; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 108, 110, 135; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 69.

[563] Réponse de l'Indonésie à la question n° 57 du Groupe spécial, paragraphe 117.

[564] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 85.

[565] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 84.

[566] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 85 (italique dans l'original).

[567] Réponse de l'Indonésie à la question n° 58 c) du Groupe spécial, paragraphe 123; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 124.

[568] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 86 à 103.

réduire le niveau de tabagisme chez les adolescents".[569] Elle fait observer que "dans une large mesure, la réponse à cette question dépend du point de savoir si les cigarettes aux clous de girofle sont davantage similaires aux cigarettes fumées par les adultes, qui sont exclues de l'interdiction, ou davantage similaires à celles aux arômes de "bonbon" qui sont conçues et commercialisées pour inciter les enfants à fumer".[570] L'Indonésie fait valoir ensuite que: i) les cigarettes aux clous de girofle ne présentent pas de plus grand risque pour la santé que les autres cigarettes[571]; ii) les jeunes ne fument pas de cigarettes aux clous de girofle en nombre important[572]; iii) d'autres produits du tabac aromatisés populaires auprès des jeunes ne sont pas interdits par la FSPTCA[573]; et iv) les preuves scientifiques disponibles montrent qu'interdire les cigarettes aux clous de girofle, mais pas les cigarettes mentholées ou ordinaires, ne contribuera guère à dissuader les jeunes de fumer.[574] L'Indonésie conclut que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle "n'aura probablement pas la moindre incidence sur le tabagisme chez les jeunes" et ne permet même pas d'atteindre le niveau minimum qui consiste à "apporter une contribution" à la réalisation de l'objectif de la FSPTCA.[575] L'Indonésie souligne que "pour examiner la question de la nécessité de la mesure, le Groupe spécial devrait considérer quelle contribution l'article 907 a) 1) A) pourrait éventuellement apporter à la réduction du tabagisme chez les jeunes lorsque les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires ne sont pas interdites".[576] L'Indonésie insiste sur le fait qu'en ne prohibant qu'une "infime partie" des cigarettes fumées par les jeunes, la mesure ne peut pas apporter de "contribution importante" à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes et est par conséquent plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser cet objectif.[577]

7.317 L'Indonésie estime qu'il n'est pas nécessaire de prouver qu'une mesure de rechange à l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était raisonnablement applicable, étant donné que l'interdiction ne réalise pas véritablement son objectif.[578] Toutefois, l'Indonésie fait valoir que même si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une sorte de contribution à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes, elle ne peut quand même pas être considérée comme "nécessaire" parce que des mesures moins restrictives pour le commerce étaient raisonnablement applicables pour limiter la disponibilité des cigarettes aux clous de girofle auprès des jeunes.[579] À cet égard, l'Indonésie passe en revue: i) les autres dispositions de la FSPTCA applicables aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires, qui visent à réduire la capacité des cigarettiers de se livrer à des pratiques qui ciblent et attirent les jeunes[580]; ii) les mesures que la FSPTCA empêche expressément la FDA de prendre (par exemple, relever l'âge pour fumer), qui réduiraient sensiblement le tabagisme chez les jeunes et ne seraient pas particulièrement restrictives pour le commerce[581]; iii) certaines mesures non restrictives pour le commerce qui figurent dans l'Accord d'expédient de 2006 conclu entre R. J. Reynolds et les *attorneys general* de plusieurs États, concernant de nouveaux produits qui, selon les allégations des défenseurs de la santé, étaient conçus

[569] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 89.
[570] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 89.
[571] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90 et 91.
[572] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 92 à 96.
[573] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 97 et 98.
[574] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 99 à 102.
[575] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 103.
[576] Réponse de l'Indonésie à la question n° 54 du Groupe spécial, paragraphe 45.
[577] Réponse de l'Indonésie à la question n° 2 du Groupe spécial, paragraphe 6; réponse de l'Indonésie à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 124; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 2 et 125.
[578] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 158 à 162; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 84.
[579] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 104 à 111.
[580] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.
[581] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.

et commercialisés pour attirer chez les jeunes[582]; iv) les mesures non restrictives pour le commerce adoptées par certains autres pays, y compris l'Australie et Singapour, afin de remédier au tabagisme chez les jeunes[583]; et v) diverses mesures énoncées dans la *Convention-cadre pour la lutte antitabac* de l'OMS qui visent à empêcher la vente de cigarettes aux mineurs.[584] Dans sa deuxième communication écrite, l'Indonésie estime qu'elle n'est pas tenue de montrer que les mesures de rechange proposées sont "sensiblement" moins restrictives pour le commerce, puisque les États-Unis reprennent indûment ce terme de la note de bas de page 3 relative à l'article 5:6 de l'*Accord SPS*.[585]

7.318 Les **États-Unis** estiment que l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* devrait être rejetée.

7.319 S'agissant de l'objectif poursuivi par l'article 907 a) 1) A), les États-Unis estiment que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle et de certaines autres cigarettes aromatisées "vise à réaliser l'objectif consistant à réduire la proportion des jeunes qui deviennent des fumeurs en éliminant du marché certains produits qui présentent pour eux un attrait particulier".[586] Les États-Unis rejettent l'affirmation de l'Indonésie selon laquelle l'objectif de l'interdiction est de réduire la prévalence du tabagisme uniquement chez les jeunes de 17 ans ou moins, et ils affirment en revanche que l'objectif est de réduire le tabagisme de toutes les personnes "en période d'orientation" (c'est-à-dire les personnes âgées de 12 à 26 ans).[587] En outre, les États-Unis soulignent que l'article 907 a) 1) A) a un deuxième objectif, qui est d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants à cause des conséquences potentielles mais inconnues pour la santé des utilisateurs individuels ou de l'ensemble de la population.[588] Selon les États-Unis, "l'Indonésie qualifie à maintes reprises l'objectif de l'article 907 a) 1) A) de manière erronée comme étant la "réduction du tabagisme chez les jeunes"", et cela constitue une "simplification abusive flagrante de l'objectif de l'article 907 a) 1) A)".[589] Selon eux, l'incidence pratique du fait de définir l'objectif simplement en termes de "réduction du tabagisme chez les jeunes", sans tenir compte d'éventuelles conséquences négatives, est que "cette limitation peut se solder par un ensemble différent de mesures de rechange avec lesquelles la mesure contestée est comparée".[590]

7.320 Les États-Unis contestent que la mesure soit une "restriction déguisée" au commerce international.[591] Selon eux, rien dans le texte, la conception, les principes de base ou la structure révélatrice de l'article 907 a) 1) A) n'étaye l'allégation de l'Indonésie selon laquelle la mesure n'a pas interdit les cigarettes mentholées pour la simple raison qu'une société particulière des États-Unis s'y est opposée. L'historique complet de l'élaboration de la FSPTCA ne fournit aucune justification à

[582] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 108.
[583] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[584] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.
[585] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 135.
[586] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 229.
[587] Réponse des États-Unis à la question n° 12 b) du Groupe spécial, paragraphe 16; réponse des États-Unis aux questions n° 100 et 101 du Groupe spécial, paragraphes 62 et 71 à 77.
[588] Le Groupe spécial note que les États-Unis ont fait valoir que leur position selon laquelle l'objectif de l'article 907 a) 1) A) incluait la considération des conséquences négatives pour la santé publique était étayée par le texte dudit article lui-même ainsi que par d'autres dispositions de l'article 907, y compris l'article 907 b) 2). Comme les États-Unis l'ont indiqué, l'article 907 b) 2) exige que la FDA examine les conséquences négatives de toute nouvelle norme proposée concernant les produits du tabac, ou de toute proposition de révision ou d'abrogation d'une norme existante, avant d'approuver, de réviser ou d'abroger une telle norme. Réponse des États-Unis aux questions n° 60, 100 du Groupe spécial.
[589] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 153.
[590] Réponse des États-Unis à la question n° 100 du Groupe spécial, paragraphe 63.
[591] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 75; observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial.

l'Indonésie, et son élément de preuve concernant ce point – un article de presse – cite simplement un responsable politique spéculant son point de vue personnel sur la législation.

7.321 S'agissant de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire", les États-Unis estiment que la jurisprudence relative à l'article XX b) du GATT de 1994 n'est pas pertinente pour l'article 2.2 de l'*Accord OTC* et qualifient le point de vue opposé d'"approche radicale".[592] À leur avis, le Groupe spécial devrait par contre appliquer le critère figurant à l'article 5:6 et dans la note de bas de page 3 de l'*Accord SPS* et demander à l'Indonésie de démontrer: i) qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable; ii) qui réalise l'objectif de la mesure au niveau considéré comme approprié par le Membre imposant cette mesure; et iii) qui est "sensiblement" moins restrictive pour le commerce.[593] Toutefois, en réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis reconnaissent qu'"il apparaîtrait que" la question de savoir si l'article 2.2 contient un critère "sensiblement moins restrictif pour le commerce" "ne se pose pas dans le présent différend".[594]

7.322 Les États-Unis contestent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse largement le niveau de protection qu'ils recherchent. Ils reconnaissent que si la mesure en cause "va au-delà du niveau de protection choisi", une mesure moins restrictive pour le commerce peut de la même manière répondre à l'objectif légitime du Membre.[595] Cependant, l'interprétation que fait l'Indonésie du niveau de protection recherché par les États-Unis est erronée.[596] Eu égard aux efforts longs et décevants du gouvernement des États-Unis pour essayer de limiter le tabagisme chez les jeunes, le niveau de protection "élevé" recherché par les États-Unis est attesté par la mesure appliquée – une interdiction complète.[597] Le niveau auquel les États-Unis jugent approprié de protéger la santé publique consiste à éliminer du marché les produits dont les jeunes font un usage disproportionné, et non simplement de restreindre l'accès de ces produits.[598]

7.323 Les États-Unis estiment que l'argument de l'Indonésie concernant l'existence d'une "contribution importante" à la réalisation de l'objectif est dénué de fondement.[599] Ils considèrent que même si cette question est juridiquement dénuée de pertinence pour l'analyse au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*[600], l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte en fait une contribution importante à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes.[601] La

[592] Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 310.

[593] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 262 à 265.

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

[595] Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 134.

[596] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 255 à 257.

[597] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 227.

[598] Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 135; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 147.

[599] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 156 à 163.

[600] Réponse des États-Unis à la question n° 103 a) du Groupe spécial. Toutefois, les États-Unis reconnaissent que "[m]ême si l'article 2.2 n'exige pas que la mesure réalise son objectif, il est difficile de croire qu'une mesure qui ne réalise pas son objectif complètement – c'est-à-dire une mesure qui n'apporte même pas une contribution marginale à la réalisation de son objectif – pourrait être jugée compatible avec l'article 2.2".

[601] Réponse des États-Unis à la question n° 103 b) du Groupe spécial.

question de savoir si la mesure contestée apporte une contribution importante devrait être tranchée eu égard aux propres modalités de la mesure, et non par comparaison avec des mesures de rechange.[602] L'OMS a confirmé le point de vue selon lequel les cigarettes aux clous de girofle présentent un attrait disproportionné pour les jeunes et posent donc le même problème de santé publique que les autres cigarettes interdites par l'article 907 a) 1) A), et selon lequel les données tirées d'enquêtes sur l'usage effectif des cigarettes aux clous de girofle par les jeunes confirment qu'en fait, les jeunes en période d'initiation font un usage disproportionné des cigarettes aux clous de girofle ainsi que de cigarettes ayant d'autres arômes caractérisants tels que le chocolat, la cerise, la noix de coco, etc.[603] En outre, le fait qu'un produit "d'apprentissage" particulier, tel que les cigarettes aux clous de girofle, ne représente pas une importante part de marché ne modifie pas ce calcul; les produits qui présentent un attrait disproportionné pour les jeunes posent des problèmes de santé publique particuliers, indépendamment de leur part de marché, et l'élimination d'un produit apportera une contribution importante à la réduction du tabagisme chez les jeunes.[604] On pourrait partir du principe que les États-Unis auraient pu concevoir une mesure visant à éliminer ou réduire le tabagisme chez les jeunes davantage que ne le fait l'article 907 a) 1) A), mais aucune disposition de l'*Accord OTC* n'exige que les Membres cherchent à réaliser leurs objectifs légitimes dans toute la mesure du possible ou à un niveau particulier.[605] Les États-Unis affirment que les cigarettes aux clous de girofle incitent en fait les jeunes à fumer.[606] Selon eux, les éléments de preuve montrent que les cigarettes aux clous de girofle, comme les cigarettes aromatisées au chocolat, à la vanille et à des arômes similaires, sont essentiellement choisies par les adolescents et les jeunes adultes plutôt que par les adultes.[607]

7.324 S'agissant de l'existence de mesures moins restrictives pour le commerce, les États-Unis estiment que la simple énumération d'un certain nombre de restrictions différentes tirées d'autres parties de la FSPTCA, de l'Accord d'expédient de 2006 avec R. J. Reynolds, des législations de Singapour et de l'Australie et de la FCTC ne permet pas à l'Indonésie de s'acquitter de la charge qui lui incombe de prouver qu'il existe une mesure moins restrictive pour le commerce qui réaliserait leur objectif au niveau de protection qu'ils jugent approprié.[608] Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis affirment que l'Indonésie continue de faire vaguement référence à des douzaines de mesures différentes qui s'appliquent à toutes les cigarettes, telles que des restrictions concernant la publicité. L'Indonésie ne fournit aucun élément de preuve indiquant que l'une quelconque de ces mesures réalise l'objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent comme approprié. Elle ne s'est donc pas acquittée de la charge qui lui incombait d'établir *prima facie* que l'article 907 a) 1) A) était plus restrictif pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser leur objectif.[609] En outre, les mesures de rechange indiquées par l'Indonésie ne réaliseraient pas en fait les objectifs de l'article 907 a) 1) A) au niveau que les États-Unis considèrent comme approprié: ces mesures de rechange continueraient toutes de permettre aux cigarettes d'apprentissage ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc., de rester sur le marché. Les États-Unis estiment qu'ils imposent déjà des restrictions importantes concernant la publicité, la commercialisation et la

[602] Réponse des États-Unis à la question n° 103 b) du Groupe spécial, paragraphes 82 à 84.
[603] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 46 à 49; réponse des États-Unis à la question n° 103 b) du Groupe spécial, paragraphe 85.
[604] Réponse des États-Unis à la question n° 103 b) du Groupe spécial, paragraphe 86.
[605] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 161.
[606] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 245.
[607] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 249.
[608] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 270.
[609] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 164.

vente de cigarettes[610], et qu'un grand nombre des mesures de rechange potentielles proposées par l'Indonésie sont déjà en place sur leur territoire.[611]

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.325 La question fondamentale dont nous sommes saisis est celle de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par les États-Unis[612] est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, en violation de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

7.326 Il existe plusieurs points de désaccord entre les parties en ce qui concerne cette allégation. Les principaux points de désaccord entre les parties sont les suivants. Premièrement, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'Indonésie a indiqué correctement l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Deuxièmement, il apparaît que les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'objectif poursuivi par les États-Unis par le biais de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est légitime. Troisièmement, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si la jurisprudence relative à l'article XX b) du GATT de 1994 est pertinente pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" figurant à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Quatrièmement, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse le niveau de protection recherché par les États-Unis. Cinquièmement, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une contribution importante à l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. Enfin, les parties sont en désaccord sur la question de savoir s'il existe des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif poursuivi au niveau de protection recherché par les États-Unis. À notre avis, certaines de ces questions sont, dans une certaine mesure, liées entre elles.

7.327 Nous commencerons par énoncer le texte de la disposition juridique en cause.

b) Disposition juridique en cause

7.328 L'article 2.2 de l'*Accord OTC* dispose ce qui suit:

> "Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de

---

[610] Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 165; réponse des États-Unis à la question n° 108 du Groupe spécial, paragraphe 103.

[611] Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 316; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 165; réponse des États-Unis à la question n° 109 c) du Groupe spécial, paragraphes 109 et 110.

[612] Nous sommes conscients du fait, souligné par les États-Unis tout au long de la présente procédure, que l'article 907 a) 1) A) interdit toutes les cigarettes ayant un arôme caractérisant à l'exception du menthol, et pas simplement les cigarettes aux clous de girofle. Voir, par exemple, la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 68.

> l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits."

7.329 Nous notons que l'article 2.2 de l'*Accord OTC* a été examiné dans plusieurs rapports antérieurs[613] de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, mais seulement brièvement.[614] Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a noté ce qui suit: "[L]es critères concernant l'élaboration, l'adoption ou l'application de règlements techniques dans l'article 2.2 de l'*Accord OTC* sont très semblables à ceux de l'article XX du GATT de 1994. Le préambule de l'*Accord OTC* reprend d'ailleurs certains des termes de l'article XX du GATT".[615] Dans l'affaire *CE – Sardines*, le Groupe spécial a fait observer ce qui suit:

> "L'article 2.2 et ce passage du préambule affirment qu'il appartient aux Membres de déterminer les objectifs de politique générale qu'ils souhaitent poursuivre et les niveaux auxquels ils souhaitent les poursuivre. En même temps, ces dispositions imposent certaines limites à l'autonomie en matière de réglementation des Membres qui décident d'adopter des règlements techniques: les Membres ne peuvent pas créer d'obstacles au commerce qui ne sont pas nécessaires ou qui, dans leur application, constituent une discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international. Ainsi, l'Accord OTC, à l'instar du GATT de 1994, dont il doit aider à réaliser les objectifs, observe un certain degré de déférence vis-à-vis des objectifs de politique intérieure que les Membres souhaitent poursuivre. Parallèlement, toutefois, l'Accord OTC, à l'instar du GATT de 1994, accorde une

---

[613] Le Groupe spécial sait qu'il y a d'autres procédures de groupe spécial en cours dans lesquelles des allégations au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* ont été formulées. Voir *États-Unis – Thon II (Mexique)*, WT/DS381/4, page 2; *États-Unis – EPO (Canada)*, WT/DS384/8, page 2, et *États-Unis – EPO (Mexique)*, WT/DS386/7, page 3. Toutefois, au moment de la remise du rapport intérimaire sur la présente affaire, les rapports des groupes spéciaux sur ces autres affaires n'avaient pas encore été distribués.

[614] Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Canada a allégué que la mesure en cause était incompatible avec plusieurs dispositions de l'*Accord OTC*, y compris l'article 2.2. Le Groupe spécial a constaté que la mesure en cause n'était pas un "règlement technique", et il n'a donc pas examiné l'allégation formulée par le Canada au titre de l'article 2.2. Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 3.1, 9.1. L'Organe d'appel a constaté que la mesure était un "règlement technique" mais qu'il n'avait pas une base adéquate lui permettant d'examiner correctement les allégations formulées par le Canada au titre de l'*Accord OTC*, et il s'est abstenu de le faire. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 83. Dans l'affaire *CE – Sardines*, le Pérou a demandé que le Groupe spécial examine d'abord son allégation au titre de l'article 2.4 de l'*Accord OTC*, et qu'il n'examine ensuite ses allégations au titre de l'article 2.2 et 2.1 de l'*Accord OTC* que s'il déterminait que le règlement des CE n'était pas incompatible avec l'article 2.4. Le Groupe spécial a constaté que le règlement des CE en cause était incompatible avec l'article 2.4 de l'*Accord OTC*, et il n'a pas examiné l'allégation formulée au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphes 7.14, 7.16 à 7.19, 7.147, 7.151 et 7.152. L'Organe d'appel s'est abstenu de formuler une constatation au titre de l'article 2.2 pour la même raison que le Groupe spécial. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 312 et 313. Dans l'affaire *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, l'Australie a formulé une allégation au titre de l'article 2.2, mais le Groupe spécial a constaté que la mesure en cause n'était pas un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*. Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.515. Dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, le Canada et l'Argentine ont formulé des allégations subsidiaires au titre de l'*Accord OTC*, y compris l'article 2.2, au cas où il serait constaté que les mesures étaient visées par l'*Accord OTC* en sus, ou au lieu, de l'*Accord SPS*. Le Groupe spécial a constaté que les mesures en cause étaient des mesures SPS et n'a donc pas examiné les allégations au titre de l'*Accord OTC*. Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphes 7.2524, 7.2528, 7.3412 et 7.3413, 8.38, 8.42 à 8.46, 8.53, 8.57 à 8.62.

[615] Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.55.

> déférence moindre aux moyens que les Membres choisissent d'employer pour atteindre leurs objectifs de politique intérieure. …"[616]

7.330 En l'espèce, les parties conviennent que la première phrase de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* énonce un principe général dont le sens est expliqué et défini dans la deuxième phrase dudit article. Autrement dit, les parties conviennent que la première phrase de l'article 2.2 ne crée pas une obligation séparée et distincte de celle énoncée dans la deuxième phrase.[617] Nous ne voyons aucune raison de ne pas être d'accord[618] et nous poursuivrons notre analyse sur la base de cette interprétation.

7.331 Les parties conviennent aussi que c'est à l'Indonésie qu'incombe la charge de la preuve en ce qui concerne son allégation au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.[619] Sur ce point, les parties s'entendent pour dire qu'il existe une différence importante entre l'article 2.2 et l'article XX b) du GATT de 1994.[620] De nouveau, nous ne voyons aucune raison de ne pas être d'accord. Par conséquent, nous poursuivons notre analyse étant entendu que l'Indonésie doit démontrer que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait). En même temps, les parties conviennent qu'il n'existe aucune "norme internationale pertinente" au sens de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.[621] En conséquence, même si c'est à l'Indonésie qu'incombe la charge de la preuve qui consiste à établir l'existence d'une violation de l'article 2.2, nous ne partons pas de la présomption réfragable que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'est pas un obstacle non nécessaire au commerce.[622]

7.332 Les parties semblent aussi convenir que la nature de l'analyse à effectuer au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* est différente de celle de l'analyse à effectuer au titre de l'article 2.1 dudit accord.[623] Une fois de plus, nous ne voyons aucune raison de ne pas être d'accord. Les principales questions au titre de l'article 2.1 en l'espèce sont celles de savoir si les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits "similaires", et, dans l'affirmative, s'il est accordé aux cigarettes aux clous de girofle un "traitement … moins favorable" que celui accordé aux cigarettes mentholées. La principale question au titre de l'article 2.2 en l'espèce est celle de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser l'objectif légitime qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. Par

---

[616] Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.120.

[617] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 275; réponse de l'Indonésie à la question n° 98 du Groupe spécial.

[618] Étant donné que les parties en l'espèce sont d'accord sur ce point, il n'est pas nécessaire que le présent Groupe spécial l'examine en détail. Il suffit de noter que la deuxième phrase est introduite par les termes "[À] cette fin", qui établissent un lien direct entre les deux phrases et impliquent que la deuxième explique le sens de la première, et qu'il apparaît que, de par ses termes, le reste de la deuxième phrase est une explication de la notion d'obstacle "non nécessaire" au commerce international.

[619] Voir, de façon générale, la réponse de l'Indonésie aux questions n° 4, 12 c) du Groupe spécial.

[620] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 267; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 156; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109 (citant la déclaration orale de l'Union européenne à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 15).

[621] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 113; réponses des parties à la question n° 59 du Groupe spécial.

[622] La deuxième phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* dispose que "[c]haque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international".

[623] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 132 et 133, 140; réponse de l'Indonésie à la question n° 53 du Groupe spécial, paragraphe 113. Même si les États-Unis n'ont pas examiné expressément la relation entre l'article 2.1 et l'article 2.2, nous ne voyons rien dans leur argumentation qui suggère qu'ils en font une interprétation différente.

conséquent, notre constatation selon laquelle la mesure est incompatible avec l'article 2.1 ne préjuge pas de la réponse à la question de savoir si la mesure est compatible avec l'article 2.2.

7.333 Les termes de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* disposent que, pour être compatible avec cette disposition, un règlement technique doit: i) poursuivre un "objectif légitime"; et ii) ne pas être plus restrictif pour le commerce qu'il n'est "nécessaire" pour réaliser cet objectif légitime (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait). Par conséquent, il apparaît que l'article 2.2 préconise une analyse en deux étapes. C'est dans le cadre général de cette analyse en deux étapes que nous examinerons les questions controversées indiquées plus haut.

c) Question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle poursuit un objectif légitime

7.334 Dans la présente section, nous devons aborder deux questions différentes quoique apparentées. La première est celle de savoir si l'Indonésie a indiqué correctement l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle. La seconde est celle de savoir si l'objectif poursuivi par les États-Unis par le biais de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est légitime.

i) Question de savoir si l'Indonésie a indiqué correctement l'objectif de l'interdiction

7.335 Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a indiqué qu'il "commenc[erait] par identifier l'objectif poursuivi par l'interdiction d'importer".[624] À notre avis, l'indication de l'objectif poursuivi est le point de départ logique de l'analyse au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, parce qu'elle sert de point de référence pour l'analyse de la question de savoir si une mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif.[625]

7.336 En l'espèce, les parties conviennent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle vise à réduire le tabagisme chez les jeunes. Même si nous reconnaissons que l'objectif de l'article 907 a) 1) A) n'est pas indiqué dans le texte de la FSPTCA elle-même, de nombreux éléments de preuve ont été présentés au Groupe spécial qui étayent cette interprétation. Par exemple, elle est étayée par le rapport de la Chambre. Nous notons que le rapport de la Chambre énonce à la fois les objectifs de la FSPTCA en général et ceux de l'article 907 a) 1) A) en particulier.[626] Selon le rapport de la Chambre:

> "Les objectifs de [la FSPTCA] sont de conférer au Secrétaire le pouvoir approprié de réglementer les produits du tabac afin de protéger la santé publique et de réduire le nombre de personnes de moins de 18 ans qui font usage de produits du tabac."[627]

7.337 Le rapport de la Chambre indique l'objectif de l'article 907 a) 1) A):

> "Conformément à l'objectif général du projet de loi qui est de protéger la santé publique, y compris en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes, l'article 907 a) 1) vise à prohiber la fabrication et la vente de cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes."[628]

---

[624] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 144.

[625] Dans le contexte d'une analyse au titre de l'article XX b) du GATT de 1994, le Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Amiante* a expliqué que la question était de savoir si les mesures contestées étaient "nécessaires *au regard* des objectifs poursuivis". Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.182.

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

[627] Pièce US-67, page 14.

[628] Pièce US-67, page 37.

7.338 En outre, la Directive de la FDA étaye la conclusion selon laquelle l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est de réduire le tabagisme chez les jeunes. Elle explique la raison d'être de l'article 907 a) 1) A) de la manière suivante:

> "Le tabagisme, qui fait plus de 400 000 victimes chaque année, est la première cause évitable de décès aux États-Unis. L'une des principales manières de réduire le nombre de décès et de maladies dus au tabagisme est d'éviter que les enfants et les adolescents commencent à fumer. Des études ont montré que les fumeurs de 17 ans sont trois fois plus enclins à faire usage de cigarettes aromatisées que les fumeurs de plus de 25 ans. Outre qu'ils sont plus attractifs pour les jeunes, les produits aromatisés facilitent les débuts des nouveaux fumeurs en masquant l'arôme désagréable du tabac. Des études ont démontré en outre que les jeunes pensent que les produits du tabac aromatisés sont plus sûrs que les produits non aromatisés.
>
> Les cigarettes aromatisées sont aussi dépendogènes et ont le même type d'effets néfastes que les cigarettes ordinaires. Il est important de retirer ces produits aromatisés du marché car cela supprimera des voies empruntées par les jeunes pour commencer à faire régulièrement usage du tabac. Le Congrès a adopté spécifiquement l'interdiction visant la vente de cigarettes et de leurs composants, comme les filtres et les papiers, qui contiennent certains arômes caractérisants. Le fait de retirer ces cigarettes du marché est une étape importante dans les efforts que fait la nation pour réduire le nombre de maladies et de décès causés par les produits du tabac, conformément à la FSCPTA qui a été signée par le Président Obama le 22 juin 2009."[629]

7.339 Toutefois, même si les parties conviennent que l'interdiction vise à réduire le tabagisme chez les jeunes, elles sont en désaccord sur deux points en relation avec l'objectif de l'article 907 a) 1) A). Le premier point concerne ce que l'on entend par "jeunes": alors que l'Indonésie entend par "jeunes" les mineurs (c'est-à-dire les personnes de moins de 18 ans)[630], les États-Unis affirment que l'objectif de l'article 907 a) 1) A) est de réduire le tabagisme de toutes les personnes "en période d'initiation", qu'ils définissent comme étant les personnes âgées de 12 à 26 ans.[631] Le second point concerne la question de savoir si l'article 907 a) 1) A) a un seul objectif: alors que les États-Unis font valoir que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'article 907 a) 1) A) met en évidence un deuxième "objectif" de la mesure, qui est d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants[632], l'Indonésie estime que cela concerne la justification *alléguée* pour l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction et ne constitue pas un deuxième "objectif" de l'article 907 a) 1) A).[633]

7.340 À notre avis, il n'est pas évident que nous devions régler le désaccord entre les parties concernant l'objectif précis de l'article 907 a) 1) A). Premièrement, le résultat de notre analyse au titre

---

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

[630] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 114; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 75; observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 101 du Groupe spécial, paragraphes 52 à 54.

[631] Réponse des États-Unis à la question n° 12 b) du Groupe spécial, paragraphe 16; réponse des États-Unis aux questions n° 100 et 101 du Groupe spécial, paragraphes 62 et 71 à 77.

[632] Réponse des États-Unis aux questions n° 60, 100 du Groupe spécial.

[633] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 113; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 74.

de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* ne dépend pas de l'un ou l'autre de ces points.[634] Deuxièmement, aucune des deux parties n'a expliqué pourquoi il était nécessaire que le présent Groupe spécial indique l'objectif d'une mesure à un tel niveau de précision.[635]

7.341 Cela étant dit, nous estimons que, même si les éléments de preuve qui nous ont été présentés ne sont pas dénués d'ambiguïté, ils étayent mieux l'affirmation de l'Indonésie selon laquelle l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est de réduire le tabagisme des personnes de moins de 18 ans. Comme l'Indonésie le fait remarquer, l'article 2 de la FSPTCA énumère 49 constatations formulées par le Congrès des États-Unis concernant l'usage du tabac, et "[p]as moins d'un quart de toutes ces constatations fait référence à l'usage du tabac par les "jeunes", les "adolescents", les "mineurs", les "enfants", ceux "qui n'ont pas l'âge légal de fumer" et ceux "de moins de 18 ans"".[636] En outre, les passages du rapport de la Chambre et de la Directive de la FDA déjà cités plus haut étayent cette interprétation: le premier indique qu'un des objectifs généraux de la FSPTCA est de "réduire le nombre de personnes de moins de 18 ans"[637] qui font usage de produits du tabac, et que l'objectif de l'article 907 a) 1) A) en particulier est de "rédui[re] le nombre d'enfants et d'adolescents"[638] qui fument des cigarettes; la seconde indique que l'une des principales manières de réduire le nombre de décès et de maladies dues au tabagisme est d'éviter que "les enfants et les adolescents"[639] commencent à fumer.

7.342 Quant au second point, nous considérons qu'il serait tout à fait possible, tant sur le plan factuel que juridique, qu'un seul règlement technique poursuive plus d'un objectif. En outre, nous avons à l'esprit les indications de l'Organe d'appel sur la nécessité d'examiner un règlement technique dans son ensemble, en tenant compte, selon le cas, aussi bien des prohibitions que des exceptions à ces prohibitions.[640] Toutefois, nous estimons, comme l'Indonésie, que le souhait des États-Unis

---

[634] Pour sa part, l'Indonésie fait valoir que, indépendamment de la question de savoir si le Groupe spécial accepte sa formulation de l'objectif ou celle des États-Unis, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est quand même plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif parce que les deux parties incluent "la réduction du tabagisme chez les jeunes" dans leurs objectifs et que c'est là que le moyen de défense des États-Unis tombe. Déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 81. En réponse à une question du Groupe spécial leur demandant de préciser quelle serait l'incidence pratique du fait de définir l'objectif simplement en termes de "réduction du tabagisme chez les jeunes", sans tenir compte d'éventuelles conséquences négatives, les États-Unis notent simplement que "cette limitation peut se solder par un ensemble différent de mesures de rechange avec lesquelles la mesure contestée est comparée". Réponse des États-Unis à la question n° 100 du Groupe spécial, paragraphe 63. Toutefois, les États-Unis ne précisent pas davantage en quoi cela se solderait par un ensemble différent de mesures de rechange.

[635] Nous notons que les "objectifs légitimes" mentionnés explicitement dans le texte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* sont formulés d'une manière très générale. En fait, définir l'objectif de l'article 907 a) 1) A) en termes de "réduction du tabagisme chez les jeunes" peut déjà être plus spécifique qu'il n'est requis à l'article 2.2, qui fait référence de façon générale à la "protection de la santé […] des personnes" en tant qu'objectif légitime.

[636] Réponse de l'Indonésie à la question n° 12 b) du Groupe spécial.

[637] Pièce US-67, page 14.

[638] Pièce US-67, page 37.

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

[640] Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a adopté une approche interprétative en deux étapes qui consistait à examiner, premièrement, l'application de l'*Accord OTC* à l'"interdiction" contenue dans la mesure et, deuxièmement et séparément, son application aux "exceptions" contenues dans cette mesure. En suivant cette approche en deux étapes, le Groupe spécial a conclu finalement que l'élément "interdiction" de la mesure n'était pas un "règlement technique", mais que l'élément "exceptions" de la mesure était un "règlement technique". L'Organe d'appel a conclu que l'approche et la conclusion du Groupe spécial constituaient une erreur de droit, et il a expliqué qu'"il [fallait] examiner la mesure en cause comme un tout intégré, en tenant compte, selon qu'il [était] approprié, des éléments prohibitifs et permissifs qui la constitu[aient]". Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 64.

d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants n'est pas un "objectif" de l'article 907 a) 1) A) lui-même, mais plutôt la *justification* alléguée pour l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction. Fondamentalement, nous avons des difficultés à comprendre comment la justification de l'exclusion de certains produits du champ d'un règlement technique pourrait être considérée comme un objectif de ce règlement technique.

7.343 Pour ces raisons, nous concluons que l'Indonésie a démontré que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était de réduire le tabagisme chez les jeunes (c'est-à-dire des personnes de moins de 18 ans). Cela servira de point de référence pour analyser si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif.

ii) Question de savoir si l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "légitime"

7.344 Ayant déterminé l'objectif poursuivi par les États-Unis lorsqu'ils ont adopté l'article 907 a) 1) A), nous examinons maintenant sa légitimité. Nous rappelons que l'article 2.2 de l'*Accord OTC* dispose que les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif "légitime", compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. L'article 2.2 explique que ces objectifs "légitimes" sont, entre autres: "la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement". Comme le Groupe spécial *CE – Sardines* l'a fait observer, bien que préciser les objectifs d'une mesure soit une prérogative du Membre établissant cette mesure, "[i]l est […] demandé aux groupes spéciaux de déterminer la légitimité de ces objectifs".[641] L'Organe d'appel a souscrit à cette conclusion en indiquant qu'il partageait le point de vue du Groupe spécial selon lequel cette partie de l'analyse "impliqu[ait] qu'il [fallait] examiner et déterminer la légitimité des objectifs de la mesure".[642]

7.345 En l'espèce, l'Indonésie laisse entendre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'a pas d'objectif "légitime", faisant valoir que la mesure est une "restriction déguisée" au commerce international et un "loup déguisé en agneau sous le couvert" de la santé publique.[643] Elle précise que même si l'objectif de l'article 907 a) 1) A) "tel qu'il est indiqué" dans la FSPTCA et le rapport de la Chambre (à savoir la réduction du tabagisme chez les jeunes) est un objectif "légitime" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, la "mesure elle-même" est une restriction déguisée au commerce international.[644] Selon l'Indonésie, les États-Unis n'ont pas inclus les cigarettes mentholées dans l'article 907 a) 1) A) parce que Philip Morris s'y est opposée. L'Indonésie estime que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction a résulté d'un compromis politique, et que la véritable préoccupation était de parvenir à un accord sur la FSPTCA par le biais du Congrès des États-Unis tout en évitant les pertes d'emplois potentielles aux États-Unis qu'entraînerait l'interdiction des cigarettes mentholées.[645]

7.346 En tant que partie contestant la légitimité de l'objectif indiqué, l'Indonésie a la charge d'établir que l'objectif concerné n'est pas "légitime" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

---

[641] Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.121.

[642] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 286.

[643] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial.

[644] Réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 34.

[645] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 118; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 37; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

7.347 Nous avons déjà conclu que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était de réduire le tabagisme chez les jeunes. Il va de soi que les mesures prises pour réduire le tabagisme chez les jeunes visent à protéger la santé des personnes, et l'article 2.2 de l'*Accord OTC* mentionne explicitement la "protection de la santé […] des personnes" comme étant l'un des "objectifs légitimes" visés par cette disposition. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit: "[L]'objectif poursuivi par la mesure est la protection de la vie et de la santé des personnes au moyen de la suppression ou de la réduction des risques pour la santé bien connus et extrêmement graves que présentent les fibres d'amiante. La valeur poursuivie est à la fois vitale et importante au plus haut point."[646] En outre, nous rappelons que, dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a partagé l'avis du Groupe spécial selon lequel "il y a[vait] peu d'intérêts plus "vitaux" et "importants" que la protection des êtres humains contre les risques pour la santé".[647]

7.348 En outre, bien qu'une partie plaignante soit libre de chercher à démontrer qu'une mesure n'a pas un objectif "légitime" et que les apparences peuvent être trompeuses, il apparaît que l'argument de l'Indonésie en l'espèce revient à dire que les États-Unis ont agi de mauvaise foi. Dans l'affaire *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, l'Organe d'appel, rappelant les rapports antérieurs qu'il avait établis dans les affaires *États-Unis – Crevettes* et *États-Unis – Acier laminé à chaud*, a reconnu qu'"[i]l exist[ait] … une base permettant à un groupe spécial établi dans le cadre du système de règlement des différends de déterminer, dans une affaire appropriée, si un Membre n'[avait] pas agi de bonne foi".[648] Toutefois, l'Organe d'appel a indiqué clairement qu'une telle constatation ne devrait pas être formulée à la légère.

7.349 Enfin, même si nous devions accepter les affirmations de l'Indonésie pour les besoins de l'argumentation – à savoir que les États-Unis n'ont pas inclus les cigarettes mentholées dans l'article 907 a) 1) A) "parce que Philip Morris s'y est opposée", que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction a résulté d'un "compromis politique" et que la "véritable préoccupation était de parvenir à un accord sur la FSPTCA par le biais du Congrès des États-Unis tout en évitant les pertes d'emplois potentielles aux États-Unis qu'entraînerait l'interdiction des cigarettes mentholées"[649] –, nous ne voyons pas comment l'un quelconque de ces arguments mettrait en question la conclusion selon laquelle l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle vise à réduire le tabagisme chez les jeunes, et selon laquelle il s'agit d'un objectif légitime. À notre avis, ces affirmations sembleraient se rapporter davantage à la question de savoir si la justification avancée par les États-Unis pour l'exclusion des cigarettes mentholées du champ de l'interdiction – c'est-à-dire, selon leurs allégations, afin d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits (à savoir les cigarettes mentholées) dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants à cause des conséquences potentielles mais inconnues pour la santé des utilisateurs individuels ou de l'ensemble de la population[650] – est crédible ou non. Selon nous, il s'agit de questions distinctes.[651]

7.350 Pour ces raisons, nous concluons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'objectif de l'interdiction n'était pas "légitime".

---

[646] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 172.

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

[648] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, paragraphe 297.

[649] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 118; réponse de l'Indonésie à la question n° 99 du Groupe spécial, paragraphe 37; déclaration orale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 79.

[650] Réponse des États-Unis à la question n° 60 du Groupe spécial.

[651] Nous n'avons pas à régler, et ne réglons pas, cette question afin de nous prononcer sur l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article 2.2.

d) Question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes

7.351 Ayant défini l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle comme étant la réduction du tabagisme chez les jeunes, et conclu que cet objectif est légitime au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, nous passons maintenant à la seconde étape de notre analyse, qui est d'examiner si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser cet objectif légitime (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait).

7.352 Notre examen porte sur quatre questions principales. La première est celle de savoir si la jurisprudence relative à l'article XX b) du GATT de 1994 est pertinente pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" énoncé à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. La deuxième est celle de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse le niveau de protection recherché par les États-Unis. La troisième est celle de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une contribution importante à l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. La quatrième est celle de savoir s'il existe des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif poursuivi au niveau de protection recherché par les États-Unis.

i) Question de savoir si la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 est pertinente pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" énoncé à l'article 2.2 de l'Accord OTC

7.353 En l'espèce, les parties sont en désaccord non seulement au sujet de la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire", mais aussi en ce qui concerne le cadre juridique approprié pour effectuer cette analyse. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie part de l'hypothèse que le critère qui a été élaboré au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 est également applicable à la deuxième phrase de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Les États-Unis ne sont pas d'accord et appellent cela une "approche radicale".[652] À leur avis, le Groupe spécial devrait plutôt appliquer le critère qui a été élaboré par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article 5:6 de l'*Accord SPS*.[653]

7.354 L'article XX du GATT de 1994 est intitulé "Exceptions générales". Avec son texte introductif, l'article XX b) est libellé comme suit:

> "Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures
>
> …
>
> b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux."

[652] Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 310.
[653] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 262 à 265.

7.355 Il existe une abondante jurisprudence concernant l'interprétation et l'application de l'article XX b)[654] et de son texte introductif.[655]

7.356 Comme il a été indiqué plus haut[656], nous estimons que celui qui interprète un traité ne devrait pas transposer automatiquement la jurisprudence élaborée dans le contexte d'une disposition à une autre. Au contraire, celui qui interprète un traité doit examiner attentivement toutes différences dans le libellé, le contexte et le but des différentes dispositions et évaluer l'importance de ces différences. À notre avis, une telle approche prudente est prescrite par l'article 31 1) de la Convention de Vienne, et elle est aussi conforme aux constatations antérieures formulées par l'Organe d'appel. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a conclu que des décisions antérieures au titre de l'article XX du GATT de 1994 étaient pertinentes pour son analyse au titre de l'article XIV de l'AGCS, mais il n'est parvenu à cette conclusion qu'après avoir examiné certaines des différences et similitudes existant entre les deux dispositions:

> "L'article XIV de l'AGCS énonce les exceptions générales concernant les obligations découlant de l'Accord de la même manière que l'article XX du GATT de 1994. Ces deux dispositions confirment le droit des Membres de poursuivre les objectifs indiqués dans les paragraphes de ces dispositions même si, ce faisant, ils agissent d'une manière incompatible avec les obligations énoncées dans d'autres dispositions des accords respectifs, sous réserve qu'il soit satisfait à toutes les conditions qui y sont énoncées. Un libellé similaire est utilisé dans les deux dispositions[349], notamment le terme "nécessaires" et les prescriptions énoncées dans leur texte introductif respectif. En conséquence, comme le Groupe spécial, nous estimons que les décisions antérieures au titre de l'article XX du GATT de 1994 sont pertinentes pour notre analyse au titre de l'article XIV de l'AGCS.
>
> ---
>
> [349] Nonobstant la similitude générale du libellé des deux dispositions, nous notons que l'article XIV a) de l'AGCS permet expressément aux Membres d'adopter des mesures "nécessaires à la protection de la moralité publique *ou au maintien de l'ordre public*", alors que l'exception correspondante du GATT de 1994, l'article XX a), fait mention de mesures "nécessaires à la protection de la moralité publique"."[657] (pas d'italique dans l'original)

7.357 L'argument des États-Unis selon lequel le fait de s'appuyer sur la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* serait une

---

[654] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphes 6.20 à 6.29; rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.184 à 8.223; rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 155 à 175; rapport du Groupe spécial *CE – Préférences tarifaires*, paragraphes 7.178 à 7.224; rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.35 à 7.215, 7.375 à 7.380, 7.438 à 7.446; rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 133 à 212; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Volaille (Chine)*, paragraphes 7.458 à 7.483.

[655] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, paragraphes 22 à 30; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 7.31 à 7.62; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 146 à 186; rapport du Groupe spécial *Argentine – Peaux et cuirs*, paragraphes 11.309 à 11.331; rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.224 à 8.240; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 5.43 à 5.144; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 111 à 152; rapport du Groupe spécial *CE – Préférences tarifaires*, paragraphes 7.225 à 7.235; rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.217 à 7.357, 7.375 à 7.380; rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 213 à 252.

[656] Voir la section VII.D.2 c) i) ci-dessus.

[657] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 291 et note de bas de page 349 (certaines notes de bas de page omises).

"approche radicale" repose sur le principe que l'article 2.2 devrait être interprété et appliqué d'une manière radicalement différente de celle dont l'article XX b) a été interprété et appliqué. Ayant examiné soigneusement le libellé, le contexte et l'objectif de l'article XX b) et de l'article 2.2, nous ne sommes pas d'accord.

7.358 Pour commencer, le libellé de la deuxième phrase de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* est très semblable à celui de l'article XX b) du GATT de 1994. En fait, dans une affaire telle que la présente affaire où l'"objectif légitime" en cause est la "protection de la santé … des personnes", il apparaît que les termes sont interchangeables. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Essence*, le Groupe spécial a cru comprendre que l'expression "nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes" figurant à l'article XX b) préconisait une analyse de la question de savoir si des mesures "étaient nécessaires pour atteindre l'objectif de ladite politique" consistant à protéger la santé et la vie des personnes.[658]

7.359 En outre, le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* établit un lien direct avec l'article XX b) du GATT de 1994. À cet égard, nous notons que le sixième considérant du préambule de l'*Accord OTC* reproduit essentiellement les termes contenus dans l'article XX du GATT de 1994.[659]

7.360 Par ailleurs, nous notons que le Groupe spécial *CE – Amiante* a fait observer ce qui suit: "[L]es critères concernant l'élaboration, l'adoption ou l'application de règlements techniques dans l'article 2.2 de l'*Accord OTC* sont très semblables à ceux de l'article XX du GATT de 1994. Le préambule de l'*Accord OTC* reprend d'ailleurs certains des termes de l'article XX du GATT. De l'avis du Groupe spécial, l'*Accord OTC* est un développement du GATT".[660] Le Groupe spécial a ensuite ajouté, dans une note de bas de page, ce qui suit:

> "[L]es travaux préparatoires de l'accord sur les obstacles techniques au commerce du Tokyo Round indiquent que l'Accord OTC devant résulter du Tokyo Round était déjà perçu comme un développement des règles existantes du GATT, en particulier de l'article XX. Voir par exemple l'extrait du document MTN/3E/W/26, octobre 1974, cité au paragraphe 7 du document TRE/W/21, 17 janvier 1994."[661]

7.361 À notre avis, ce qui précède n'étaye pas le point de vue selon lequel l'article 2.2 de l'*Accord OTC* devrait faire l'objet d'une interprétation radicalement différente de celle de l'article XX b) du GATT de 1994.

7.362 En outre, les États-Unis n'ont en fait indiqué aucune différence importante entre les critères élaborés au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 et au titre de l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, ni aucun aspect de la jurisprudence au titre de l'article XX b) relative à l'interprétation du terme "nécessaire" qui serait inapplicable à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Les États-Unis indiquent que le critère élaboré au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 diffère de trois manières de celui élaboré au titre de l'article 5:6 de l'*Accord SPS*. Nous examinons les différences alléguées ci-après.

7.363 Premièrement, les États-Unis indiquent que, en vertu de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, un groupe spécial examine si une mesure qui réalise un objectif légitime est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser cet objectif, alors que, en vertu de l'article XX du GATT de 1994, la question est de savoir s'il est "nécessaire" de contrevenir au GATT de 1994 pour

---

[658] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.20 (cité dans le rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.169; le rapport du Groupe spécial *CE – Préférences tarifaires*, paragraphe 7.197; le rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.40).

[659] Voir, au paragraphe 7.3 ci-dessus, le texte du sixième considérant du préambule.

[660] Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.55.

[661] Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, note de bas de page 41.

assurer la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, de protéger la moralité publique ou d'assurer le respect des lois et règlements. Ainsi, comme les États-Unis le font valoir, les options comparées au titre de l'article 2.2 sont deux options compatibles avec les règles de l'OMC, alors que les options comparées au titre de l'article XX du GATT de 1994 comprennent une option incompatible avec les règles de l'OMC et une option compatible avec les règles de l'OMC.[662] Alors que ce qui précède peut être correct dans certains cas, nous ne sommes pas en mesure de voir quelle conséquence cela entraîne pour la question de savoir si le critère juridique qui a été élaboré au titre de l'article XX b) est applicable à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Nous partageons l'avis suivant de l'Union européenne:

> "Cette différence est néanmoins relativement peu importante pour la question de savoir comment *les termes* de l'article 2.2 devraient être interprétés. Le fait que l'article XX du *GATT de 1994* constitue une exception et l'article 2.2 de l'*Accord OTC* une prohibition ne se rapporte ni à la question de savoir *comment* le texte de l'article 2.2 devrait être interprété, ni à la question de l'importance de la jurisprudence au titre de l'article XX du *GATT de 1994*. En fait, cette différence "fonctionnelle" entre les deux dispositions affecte seulement la charge de la preuve entre les parties, et non le sens des termes d'une disposition."[663]

7.364 Deuxièmement, les États-Unis indiquent que, contrairement à ce qui se passe dans le cadre de l'article XX du GATT de 1994, c'est la partie plaignante qui a la charge d'établir que la mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.[664] Cela est correct. Toutefois, il ne résulte pas de ce fait, à savoir que la charge de la preuve est attribuée différemment au titre de l'article XX et au titre de l'article 2.2, que la jurisprudence élaborée dans le contexte de l'article XX b) ne peut fournir aucune indication pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" figurant à l'article 2.2.

7.365 Troisièmement, les États-Unis s'appuient sur la note de bas de page 3 relative à l'article 5:6 de l'*Accord SPS* pour faire valoir que le critère approprié à appliquer est la question de savoir s'il existe

---

[662] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 267. Sur la base de cette différence de libellé entre l'article XX b) du GATT de 1994 et l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, les États-Unis font valoir également qu'il existe une autre différence importante entre ces dispositions, à savoir que la question qui se pose au titre de l'article XX b) est de savoir si la *mesure elle-même* est nécessaire, alors que la question qui se pose au titre de l'article 2.2 est de savoir si le *degré du caractère restrictif pour le commerce* est nécessaire (deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 181; réponse des États-Unis à la question n° 55 du Groupe spécial, paragraphe 123). Nous pensons comme les États-Unis que l'article XX b) est rédigé du point de vue de la question de savoir si la mesure restrictive pour le commerce est nécessaire pour réaliser son objectif, alors que l'article 2.2 est rédigé du point de vue de la question de savoir si le degré du caractère restrictif pour le commerce de cette mesure est nécessaire pour réaliser son objectif. Toutefois, les États-Unis n'ont pas expliqué pourquoi ni comment une analyse axée sur la nécessité du "caractère restrictif pour le commerce" d'une mesure restrictive pour le commerce serait sensiblement différente d'une analyse axée sur la nécessité de cette mesure restrictive pour le commerce. Par exemple, les arguments des États-Unis en l'espèce suggèrent qu'un groupe spécial analysant la nécessité du *degré du caractère restrictif pour le commerce* d'une mesure restrictive pour le commerce au titre de l'article 2.2 (par opposition à la nécessité d'une *mesure* restrictive pour le commerce) devrait quand même examiner la mesure dans laquelle cette *mesure* apporte une "contribution" à la réalisation de son objectif. À cet égard, nous rappelons que les États-Unis reconnaissent que "[m]ême si l'article 2.2 n'exige pas que la mesure réalise son objectif, il est difficile de croire qu'une mesure qui ne réalise pas son objectif complètement – c'est-à-dire une mesure qui n'apporte même pas une contribution marginale à la réalisation de son objectif – pourrait être jugée compatible avec l'article 2.2" (réponse des États-Unis à la question n° 103 a) du Groupe spécial).

[663] Déclaration orale de l'Union européenne en tant que tierce partie, paragraphe 15.

[664] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 267.

une mesure de rechange qui est "sensiblement" moins restrictive pour le commerce.[665] L'article 5:6 de l'*Accord SPS* et la note de bas de page y relative disposent ce qui suit:

> "Sans préjudice des dispositions du paragraphe 2 de l'article 3, lorsqu'ils établiront ou maintiendront des mesures sanitaires ou phytosanitaires pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié, compte tenu de la faisabilité technique et économique.[3]
>
> ———————
>
> [3] Aux fins du paragraphe 6 de l'article 5, une mesure n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis à moins qu'il n'existe une autre mesure raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique qui permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire approprié et soit *sensiblement* moins restrictive pour le commerce." (pas d'italique dans l'original)

7.366 Toutefois, les États-Unis n'expliquent pas le fondement de l'hypothèse sous-jacente selon laquelle un critère différent s'applique en vertu de l'article XX b). En fait, nous ne connaissons aucun rapport de groupe spécial du GATT ou de l'OMC ou de l'Organe d'appel qui laisse entendre qu'un critère différent s'applique en vertu de l'article XX b). En outre, les États-Unis reconnaissent, en réponse à une question du Groupe spécial, qu'"il apparaîtrait que" la question de savoir si l'article 2.2 contient un critère "sensiblement moins restrictif pour le commerce" "ne se pose pas dans le présent différend", dans lequel la mesure contestée est une interdiction d'importer, si l'Indonésie présentait des éléments de preuve suffisants qui montrent qu'il existe une mesure de rechange qui n'interdit pas son produit.[666]

7.367 Nous faisons aussi observer que, dans le contexte de leur argument selon lequel la mesure serait justifiée au regard de l'article XX b) du GATT de 1994 "si le Groupe spécial devait aborder la question des exceptions prévues par le GATT", les États-Unis procèdent à un examen approfondi de la jurisprudence établie au titre de cette disposition, et ils présentent ensuite essentiellement les mêmes arguments que ceux qu'ils ont avancés dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Par exemple, les États-Unis estiment que, "comme il est indiqué dans la section III.H", à savoir la section de leur première communication écrite concernant l'article 2.2, "l'article 907 a) 1) A) a été adopté pour protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme" et il "était nécessaire pour faire en sorte que des produits qui sont essentiellement consommés par les jeunes en tant que produits "pour débutants", et entraînent des années de dépendance, des problèmes de santé et peut-être la mort, ne puissent pas du tout être vendus aux États-Unis".[667] Dans le contexte de leur analyse au titre de l'article XX b), les États-Unis notent que "[c]omme il est précisé plus haut", ce que nous interprétons comme signifiant dans le contexte de leur analyse au titre de l'article 2.2, "[l]e tabagisme représente un risque indéniable pour la santé et la vie des personnes. Et en interdisant certains produits qui sont essentiellement consommés par les jeunes fumeurs en tant que produits à

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

[666] Réponse des États-Unis à la question n° 57 du Groupe spécial, paragraphe 130.

[667] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 316.

fumer "pour débutants", le Congrès a manifestement pris une mesure pour réduire ce risque de tabagisme".[668] De nouveau, dans leur analyse au titre de l'article XX b), les États-Unis estiment que "[c]omme il a été indiqué de façon détaillée dans la présente communication, le tabagisme présente un risque grave pour la santé et la vie des personnes, et la FSPTCA est la plus récente d'une série de restrictions imposées aux cigarettiers pour lutter contre ce risque".[669]

7.368 Compte tenu de ce qui précède, nous ne sommes pas convaincus par l'argument des États-Unis selon lequel la jurisprudence qui a été élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 est inapplicable à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. En fait, nous pensons comme l'Indonésie, et comme les tierces parties qui ont abordé cette question, que la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) est pertinente pour l'interprétation de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Par conséquent, en examinant les arguments des parties concernant la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire", nous chercherons des indications dans cette jurisprudence.

7.369 Nous ne sommes pas d'accord avec les États-Unis pour dire qu'"aucun aspect"[670] de la jurisprudence relative à l'article XX b) n'est applicable à une analyse au titre de l'article 2.2. En même temps, nous ne disons pas que la jurisprudence relative à l'article XX b) peut être transposée dans sa totalité dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Il se pourrait qu'il y ait certains aspects de la jurisprudence relative à l'article XX b) qui ne soient pas applicables dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. En revanche, nous sommes d'avis qu'il y a des aspects de la jurisprudence relative à l'article XX b) qui peuvent être pris en compte dans le contexte de l'interprétation de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

ii) Question de savoir si l'Indonésie a démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépassait le niveau de protection recherché par les États-Unis

7.370 En l'espèce, les deux parties conviennent que le "niveau de protection" recherché est directement lié à la question de savoir si une mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.[671] Nous ne voyons aucune raison de ne pas être d'accord. Bien que le texte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* ne fasse pas explicitement référence à cette notion, le sixième considérant du préambule de cet accord dispose que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures "nécessaires ... à la protection de la santé et de la vie des personnes ... aux niveaux qu'il considère appropriés". Par ailleurs, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont examiné le "niveau de protection" dans le contexte d'une analyse de mesures au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, bien que ces mots ne figurent pas non plus dans cette disposition. Entre autres choses, l'Organe d'appel a expliqué ce qui suit: "[P]our pouvoir être considérée comme solution de rechange, une mesure proposée par le Membre plaignant non seulement doit être moins restrictive pour le commerce que la mesure en cause mais devrait aussi "préserv[er] le droit du Membre défendeur d'assurer le niveau de protection qu'il souhaite pour ce qui est de l'objectif poursuivi"."[672]

7.371 L'Indonésie estime que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" parce qu'elle "dépasse largement le niveau de protection recherché" par les États-Unis.[673] Elle affirme que parce que "la grande majorité des cigarettes

[668] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 318.
[669] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 322.
[670] Réponse des États-Unis à la question n° 55 du Groupe spécial, paragraphe 121.
[671] Réponses des parties à la question n° 58 du Groupe spécial.
[672] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 308.
[673] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 85.

connues pour être fumées par les jeunes ne sont pas interdites par la Loi", le niveau de protection recherché par les États-Unis par le biais de la FSPTCA n'est "pas une réduction radicale du nombre de jeunes qui fument", mais plutôt "une réglementation suffisante pour dissuader les adolescents, mais non leur interdire, de faire usage de produits du tabac".[674] Elle estime qu'une interdiction "est l'instrument réglementaire disponible le plus restrictif pour le commerce et peut, dans certaines circonstances, être la seule option pour atteindre un objectif sanitaire, par exemple lorsque le niveau de protection requis est l'*élimination* du risque".[675] L'Indonésie fait observer que bien que la FSPTCA ne mentionne pas expressément un "niveau de protection recherché", le niveau de protection souhaité qui ressort des dispositions de cette loi est très inférieur au niveau élevé allégué par les États-Unis.[676]

7.372 Les États-Unis reconnaissent que si la mesure en cause "va au-delà du niveau de protection choisi", une mesure moins restrictive pour le commerce peut de la même manière répondre à l'objectif légitime du Membre.[677] Cependant, à leur avis, l'interprétation que fait l'Indonésie du niveau de protection recherché par les États-Unis est erronée.[678] Eu égard aux efforts longs et décevants du gouvernement des États-Unis pour limiter le tabagisme chez les jeunes, le niveau de protection "élevé" recherché par les États-Unis est attesté par la mesure appliquée – une interdiction complète.[679] Le niveau auquel les États-Unis jugent approprié de protéger la santé publique consiste à éliminer du marché les produits dont les jeunes font un usage disproportionné, et non de simplement restreindre l'accès de ces produits.[680]

7.373 La charge incombe à l'Indonésie, en tant que partie qui affirme que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle "dépasse largement le niveau de protection recherché" par les États-Unis, de nous présenter des éléments de preuve et une argumentation sur ce qu'est le niveau de protection recherché par les États-Unis et sur les raisons pour lesquelles interdire les cigarettes aux clous de girofle dépasse largement ce niveau de protection.

7.374 L'Indonésie n'a appelé notre attention sur aucun élément de preuve direct concernant le "niveau de protection" recherché par les États-Unis. Par exemple, il apparaît que rien dans le texte de la FSPTCA n'énonce le niveau de protection que ceux-ci cherchent à atteindre. En l'absence de tout élément de preuve direct concernant le niveau de protection recherché par les États-Unis, nous hésitons quelque peu à constater que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse largement ce niveau de protection.

7.375 En outre, dans la mesure où l'Indonésie cherche à inférer[681] le niveau de protection à partir de la mesure elle-même, on ne voit pas très bien comment il pourrait être constaté que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse (ou ne permet pas d'atteindre) ce niveau de protection. Si nous devons inférer le "niveau de protection" à partir de la mesure elle-même, ce niveau doit nécessairement être le niveau de protection qui ressort de la mesure elle-même. On ne voit pas très bien alors comment la mesure pourrait dépasser (ou ne pas permettre d'atteindre) ce niveau de protection. Autrement dit, dans le cas où le niveau de protection est inférer à partir de la mesure elle-même, celle-ci permettra nécessairement d'atteindre exactement ce niveau de protection. L'Organe d'appel semble avoir fait allusion à ce problème dans le contexte de l'*Accord SPS*. Dans l'affaire *Australie – Saumons*, il a fait observer ce qui suit:

---

[674] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 84.

[675] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 85 (pas d'italique dans l'original).

[676] Réponse de l'Indonésie à la question n° 58 c) du Groupe spécial, paragraphe 123; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 124.

[677] Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 134.

[678] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 255 à 257.

[679] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 227.

[680] Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 135; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 147.

[681] Réponse de l'Indonésie à la question n° 58 d) du Groupe spécial.

> "Déduire [c'est-à-dire inférer] le niveau de protection approprié de la mesure SPS existante serait admettre que la mesure permet toujours d'obtenir le niveau de protection approprié qui a été déterminé par le Membre."[682]

7.376 En fait, en l'espèce, les États-Unis font valoir que le niveau de protection "élevé" peut être inféré à partir de la mesure appliquée – une interdiction complète.[683] Selon eux, l'inférence à faire à partir de l'article 907 a) 1) A) lui-même est que le niveau de protection consiste "à éliminer du marché"[684] les produits en cause.

7.377 Nous ne sommes pas convaincus par l'argument de l'Indonésie selon lequel parce que "la grande majorité des cigarettes connues pour être fumées par les jeunes ne sont pas interdites par la Loi"[685], le niveau de protection recherché par les États-Unis par le biais de la FSPTCA est relativement peu élevé, et interdire les cigarettes aux clous de girofle dépasse par conséquent ce niveau de protection. Si les parties s'accordent à reconnaître que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle (de même que la FSPTCA plus généralement) a seulement pour but de *réduire* plutôt que d'*éliminer* le tabagisme des jeunes, il ne s'ensuit pas que l'interdiction de certains types de cigarettes dépasse *ipso facto* le niveau de protection recherché. Nous ne voyons aucune contradiction dans l'idée qu'un Membre puisse chercher à *réduire* (plutôt qu'à éliminer) certains risques en *interdisant* certains produits (mais pas tous).

7.378 Pour ces raisons, nous concluons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépassait le "niveau de protection" recherché par les États-Unis.

iii) Question de savoir si l'Indonésie a démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apportait pas de "contribution importante" à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes

Introduction

7.379 Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a expliqué que pour déterminer si une mesure était "nécessaire" au sens de l'article XX d) du GATT de 1994, "il [fallait] dans chaque cas soupeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figuraient, au premier plan, le *rôle* joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui [étaient] protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations".[686] Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a dit que le processus consistant à soupeser et mettre en balance, qui était inhérent à l'analyse de la nécessité, passait par une évaluation d'autres facteurs, qui comprenaient généralement "la *contribution* de la mesure à la réalisation des objectifs qu'elle poursui[vait]" et "l'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international".[687] Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a dit qu'"[u]ne ... contribution exist[ait] lorsqu'il y [avait] une véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui est de la fin et des moyens".[688] Nous ne voyons rien dans le texte, le contexte ou le but de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* qui donne à penser qu'une règle différente devrait être appliquée dans le contexte de l'examen de la question de savoir si une mesure est "plus restrictive

---

[682] Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 203.
[683] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 227.
[684] Réponse des États-Unis à la question n° 58 b) du Groupe spécial, paragraphe 135; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 172.
[685] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 84.
[686] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 164.
[687] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 306 (pas d'italique dans l'original).
[688] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 145.

pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime" aux fins de cette disposition.

7.380 Il y a certaines similitudes entre les faits en l'espèce et ceux de l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*. Dans les deux affaires, la mesure en cause était une interdiction d'importer. Dans les deux affaires, l'objectif de la mesure était de protéger la vie et la santé des personnes. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a expliqué ce qui suit: "[L]orsqu'une mesure a sur le commerce international des effets restrictifs aussi graves que ceux qui résultent d'une interdiction d'importer, il apparaît, selon nous, qu'il serait difficile pour un groupe spécial de constater que cette mesure est nécessaire, à moins qu'il ne soit convaincu qu'elle est à même d'apporter une *contribution importante* à la réalisation de son objectif".[689] L'Organe d'appel a distingué une "contribution importante" d'une contribution qui est "marginale ou insignifiante".[690] Nous appliquerons la même règle en l'espèce et examinerons si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes.

7.381 En l'espèce, l'Indonésie fait valoir que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte aucune contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes.[691] Elle avance quatre arguments, étayés par différentes catégories d'éléments de preuve. Selon l'Indonésie: i) les cigarettes aux clous de girofle ne présentent pas de plus grand risque pour la santé que les autres cigarettes[692]; ii) les jeunes ne fument pas de cigarettes aux clous de girofle en nombre important[693]; iii) d'autres produits du tabac aromatisés populaires auprès des jeunes ne sont pas interdits[694]; et iv) les preuves scientifiques disponibles montrent qu'interdire les cigarettes aux clous de girofle ne contribuera guère à dissuader les jeunes de fumer.[695] Nous examinerons ces affirmations l'une après l'autre, en rappelant que la charge de la preuve incombe à l'Indonésie.

Question de savoir si les cigarettes aux clous de girofle présentent un plus grand risque pour la santé que les autres cigarettes

7.382 L'Indonésie estime qu'il n'y a pas d'informations scientifiques ou techniques indiquant que les cigarettes aux clous de girofle présentent un plus grand risque pour la santé que les cigarettes que la Loi n'interdit pas. À cet égard, elle affirme que les fiches d'information de la FDA indiquent que les cigarettes aromatisées présentent les mêmes risques pour la santé et sont aussi dépendogènes que les cigarettes ordinaires. Selon l'Indonésie, la conclusion de la FDA est confirmée en outre par diverses études scientifiques qui ont montré que fumer des cigarettes aux clous de girofle avait les mêmes effets sur la santé que fumer des cigarettes ordinaires.[696]

7.383 Selon les États-Unis, l'argument de l'Indonésie selon lequel les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas plus dangereuses que d'autres types de cigarettes est sans aucun rapport avec les prescriptions de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* et s'écarte en outre du propos de l'article 907 a) 1) A).[697]

---

[689] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 150 (pas d'italique dans l'original).
[690] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 150 et 210.
[691] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 86 à 103.
[692] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90 et 91.
[693] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 92 à 96.
[694] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 97 et 98.
[695] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 99 à 102.
[696] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90 et 91.
[697] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 274.

7.384 À notre avis, l'argument de l'Indonésie est déplacé. La raison n'en est pas que les éléments de preuve relatifs au risque qu'un produit présente pour la santé n'ont intrinsèquement aucun rapport avec les prescriptions de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Elle est plutôt que la mesure en cause en l'espèce ne consiste pas à interdire les cigarettes aux clous de girofle et certaines autres cigarettes aromatisées au motif qu'elles sont plus toxiques que les autres types de cigarettes. Si l'objectif de la mesure en cause était d'interdire les cigarettes qui étaient "plus délétères"[698], plus "dangereuses"[699] ou plus "toxiques"[700] que les cigarettes ordinaires ou les cigarettes mentholées[701], alors les éléments de preuve montrant que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas plus délétères, plus dangereuses ou plus toxiques que les autres cigarettes seraient hautement pertinents pour ce qui est de savoir si interdire les cigarettes aux clous de girofle pourrait apporter une contribution importante à la réalisation de cet objectif. Or, tel n'est pas l'objectif de l'article 907 a) 1) A).

7.385 En conséquence, nous ne considérons pas que les éléments de preuve fournis par l'Indonésie au sujet des risques pour la santé présentés par les cigarettes aux clous de girofle par rapport aux autres types de cigarettes éclairent beaucoup la question de savoir si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apporte une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes.

Question de savoir si les jeunes fument des cigarettes aux clous de girofle en nombre insignifiant

7.386 Les parties ont présenté de nombreux arguments, principalement sur la base d'éléments de preuve tirés d'enquêtes, au sujet du nombre de jeunes fumant des cigarettes aux clous de girofle.[702]

7.387 En général, l'Indonésie affirme qu'un nombre insignifiant de jeunes fument des cigarettes aux clous de girofle. À l'appui de cette affirmation, elle renvoie le Groupe spécial à divers éléments de preuve tirés d'enquêtes. L'Indonésie affirme que selon la National Survey on Drug Use and Health (Enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé) ("NSDUH"): i) 0,05 pour cent seulement des cigarettes consommées par les jeunes sont des cigarettes aux clous de girofle, alors que 43 pour cent sont des cigarettes mentholées et 57 pour cent des cigarettes ordinaires; ii) parmi les jeunes qui fument, presque tous fument des cigarettes ordinaires ou mentholées; iii) les fumeurs de cigarettes aux clous de girofle fument moins de cigarettes par jour que les fumeurs de cigarettes mentholées ou ordinaires; iv) en 2007, 0,1 pour cent seulement des jeunes fumeurs ont consommé des cigarettes aux clous de girofle, nombre qui est tombé à zéro en 2008.[703] Sur la base de l'enquête Western Watts, l'Indonésie affirme que deux tiers de l'ensemble des fumeurs actuels de cigarettes aux clous de girofle ont déclaré avoir fumé leur première cigarette aux clous de girofle plus d'un an après avoir fumé leur première cigarette, tandis que 6 pour cent seulement ont déclaré que la cigarette aux clous de girofle avait été leur première cigarette.[704] Elle renvoie en outre le Groupe spécial à une étude réalisée en 2009 par un autre organisme, *Monitoring the Future* (Surveiller l'avenir), qui a interrogé un total de 46 097 élèves de huitième, de dixième et de douzième année de 389 écoles secondaires réparties sur tout le territoire des États-Unis et a constaté que "la prévalence annuelle de l'usage des kreteks n'était pas très élevée durant la première année de mesure (2001); après quoi cet usage diminuait de moitié environ chez les élèves de huitième et de dixième année jusqu'en 2005, avant que la question soit retirée des questionnaires visant ces deux années".[705] L'Indonésie renvoie

[698] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 6 et 35.
[699] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 6.
[700] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 6.
[701] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90 et 91.
[702] [insérer les références à des communications et des réponses aux questions].
[703] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 93 et 94.
[704] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 95.
[705] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 95.

en outre le Groupe spécial à une enquête réalisée par téléphone du 23 au 26 septembre 2010 par Opinion Research Corporation, dans laquelle 98 pour cent des adolescents interrogés ont indiqué n'avoir jamais entendu parler des kreteks.[706]

7.388 Les États-Unis estiment que les données tirées d'enquêtes réalisées au cours des dix dernières années démentent les affirmations de l'Indonésie et montrent que les cigarettes aux clous de girofle sont fumées par un nombre important de jeunes. Ils critiquent l'enquête NSDUH présentée par l'Indonésie et produisent différentes données relatives à leur marché des cigarettes. Selon eux, les données des NSDUH de 2002-2003 indiquent qu'environ 5 à 6 pour cent des jeunes fumeurs fument des cigarettes aux clous de girofle. Les États-Unis considèrent que l'enquête la plus fiable est la National Youth Tobacco Survey (Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes) ("NYTS"), qui constate qu'environ 11 pour cent des fumeurs âgés de 12 à 21 ans consomment des cigarettes aux clous de girofle. Ils font observer que selon une enquête réalisée en 2004, la plus forte consommation de cigarettes aromatisées était observée chez les personnes âgées de 17 ans (22,8 pour cent) et de 18 et 19 ans (21,7 pour cent), et la plus faible chez les fumeurs âgés de 40 à 54 ans (6,2 pour cent) et de 55 ans et plus (0,8 pour cent).[707]

7.389 À notre avis, les arguments des parties montrent que les éléments de preuve tirés d'enquêtes présentés au Groupe spécial peuvent donner lieu à différentes interprétations. Cependant, même si nous acceptons les chiffres fournis par l'Indonésie, ceux-ci ne montrent pas qu'un nombre insignifiant de jeunes fument des cigarettes aux clous de girofle.

7.390 Au contraire, l'Indonésie a estimé elle-même qu'environ 6 800 mineurs fumaient *régulièrement* des cigarettes aux clous de girofle.[708] À notre avis, ce nombre est loin d'être insignifiant.

7.391 Par ailleurs, les enquêtes NSDUH sur lesquelles s'appuient les deux parties montrent en fait que même si l'on entend par "jeunes" seulement les personnes de moins de 18 ans, il s'avère encore que la consommation des cigarettes aux clous de girofle par les "jeunes" est disproportionnée. Les enquêtes NSDUH de 2002 et 2003 contenaient la question suivante: "Au cours des 30 derniers jours, avez-vous fumé entièrement ou partiellement une cigarette aux clous de girofle?". La pièce IND-73 présente les résultats de ces deux enquêtes. Elle indique qu'en 2002, 7,3 pour cent des fumeurs âgés de moins de 18 ans ont répondu affirmativement à cette question, alors que 2,5 pour cent seulement des fumeurs âgés de plus de 18 ans ont donné la même réponse. En 2003, 5,8 pour cent des fumeurs âgés de moins de 18 ans, contre 2,2 pour cent seulement des fumeurs âgés de plus de 18 ans, ont répondu affirmativement à cette même question.

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

---

[706] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 96.

[707] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 53.

[708] Selon l'Indonésie, "[e]ntre 2,2 et 2,5 millions de personnes âgées de moins de 18 ans fument des cigarettes aux États-Unis. Sur ce nombre, environ 1,1 million (soit 43 pour cent) fument régulièrement des cigarettes mentholées. Ce chiffre est à comparer avec les 6 800 mineurs seulement qui fument régulièrement des cigarettes aux clous de girofle". Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 143.

Question de savoir si le fait que les États-Unis n'ont pas interdit les autres produits du tabac aromatisés les plus populaires auprès des jeunes démontre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte pas de "contribution importante" à la réduction du tabagisme chez les jeunes

7.393 L'Indonésie fait valoir que parce que les autres produits du tabac aromatisés populaires auprès des jeunes, et en particulier les cigarettes mentholées, ne sont pas interdits par la FSPTCA, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne peut pas apporter de contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes. À cet égard, elle réaffirme qu'en ne prohibant qu'une "infime partie" des cigarettes fumées par les jeunes, la mesure ne peut pas apporter de "contribution importante" à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes et est par conséquent plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser cet objectif.[709]

7.394 Nous notons qu'il n'est pas contesté que les jeunes fument des cigarettes mentholées (et des cigarettes ordinaires) en beaucoup plus grand nombre que des cigarettes aux clous de girofle. Cependant, nous ne considérons pas que le fait de ne pas interdire ces cigarettes démontre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte pas de contribution importante à la réduction du tabagisme chez les jeunes.

7.395 Premièrement, si l'on suppose pour les besoins de l'argumentation qu'en ne prohibant qu'une "infime partie" des cigarettes fumées par les jeunes, la mesure ne peut pas apporter de contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes, il semblerait s'ensuivre que la mesure est *moins* restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif. Plus précisément, cela signifierait que pour apporter une contribution importante à la réalisation de l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes, les États-Unis devraient interdire plus de types de cigarettes qu'ils ne l'ont fait. Nous ne voyons pas comment il peut être constaté que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif sur la base de la conclusion que cette interdiction est *moins* restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif.

7.396 Par ailleurs, étant donné que les autres cigarettes aromatisées interdites par l'article 907 a) 1) A) représentaient aussi une part de marché très réduite – apparemment plus réduite en fait que celle dont bénéficiaient les cigarettes aux clous de girofle – accepter le raisonnement de l'Indonésie amènerait à conclure qu'une interdiction de ces autres cigarettes n'apporterait pas non plus de contribution importante à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. En fait, l'Indonésie elle-même reconnaît la conséquence logique de son argument.[710]

7.397 Par ailleurs, nous ne considérons pas qu'il soit possible d'examiner si une mesure apporte une "contribution importante" à la réalisation de son objectif en comparant cette mesure avec une mesure hypothétique qui contribue davantage à la réalisation de cet objectif. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a tranché la question de savoir si la mesure contestée apportait une contribution importante eu égard à ses propres modalités, et non par comparaison avec des mesures de rechange. Dans son analyse au titre de l'article XX, la comparaison de la mesure contestée avec des mesures de rechange ne sert qu'à confirmer que la mesure est "nécessaire", et non à

[709] Réponse de l'Indonésie à la question n° 2 du Groupe spécial, paragraphe 6; réponse de l'Indonésie à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 124; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 2 et 125.

[710] Réponse de l'Indonésie à la question n° 62 du Groupe spécial, paragraphe 130 (confirmant que de l'avis de l'Indonésie, "… dès lors que le menthol, arôme le plus populaire auprès des jeunes, n'est pas interdit, il est difficile d'imaginer comment l'interdiction de tout autre arôme, en particulier de produits qui n'étaient pas même sur le marché au moment où la mesure a été adoptée, pourrait être jugée "nécessaire".).

déterminer jusqu'à quel point elle contribue à la réalisation de son objectif. Il s'agit là d'un examen distinct, qui a lieu avant la comparaison de la mesure avec des mesures de rechange.[711]

7.398 Enfin, nous jugeons problématique l'argument de l'Indonésie selon lequel "s'il n'est pas nécessaire d'interdire les produits du tabac qui sont le plus largement consommés par les adolescents, il ne peut pas être nécessaire d'interdire les cigarettes aux clous de girofle, qui sont rarement consommées"[712], en ce sens que cet argument suppose que les États-Unis ont exclu les cigarettes mentholées et les autres produits du tabac les plus populaires auprès des jeunes du champ de l'interdiction parce qu'ils ne jugent pas nécessaire d'interdire ces produits pour réduire le tabagisme chez les jeunes. Aucun élément de preuve indiquant que les États-Unis aient jamais fait une telle évaluation n'a été présenté au Groupe spécial. En revanche, les États-Unis font observer que la raison pour laquelle les cigarettes mentholées ont été exclues du champ de l'interdiction était d'éviter les conséquences négatives potentielles associées à l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants à cause des conséquences potentielles mais inconnues pour la santé des utilisateurs individuels ou de l'ensemble de la population.[713]

7.399 Pour ces raisons, nous ne considérons pas que le fait que les États-Unis n'ont pas interdit les autres produits du tabac aromatisés les plus populaires auprès des jeunes, en particulier les cigarettes mentholées, démontre que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apporte pas de contribution importante à la réduction du tabagisme chez les jeunes.

Question de savoir si les preuves scientifiques disponibles montrent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne contribuera guère à dissuader les jeunes de fumer

7.400 Cela nous amène au dernier argument de l'Indonésie, à savoir qu'il n'y a pas de preuves scientifiques qui montrent que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle contribuera à dissuader les jeunes de fumer. Selon l'Indonésie, "[l]a justification la plus fréquemment citée de l'interdiction des cigarettes aromatisées est que ces cigarettes incitent les enfants à fumer en incorporant des arômes attractifs. Une seule ligne d'une seule étude est le plus souvent utilisée pour appuyer cette hypothèse".[714]

7.401 Nous considérons à cet égard que les éléments de preuve présentés au Groupe spécial fournissent une base solide pour parvenir à une conclusion définitive. Les éléments de preuve présentés au Groupe spécial, qui proviennent d'experts de la santé, contredisent totalement l'affirmation de l'Indonésie selon laquelle il n'y a pas de preuves scientifiques à l'appui de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par les États-Unis. Ces derniers ont présenté un certain nombre d'études provenant de sources compétentes et respectées et il apparaît que toutes ces études énoncent la même opinion. En fait, il apparaît qu'un consensus de plus en plus large se dégage, parmi ceux qui ont effectué des recherches sur la question, pour appuyer la position des États-Unis sur ce point particulier. Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle un Membre cherche à fonder une mesure de santé publique sur une opinion minoritaire au sein de la communauté scientifique; il s'agit d'une affaire dans laquelle la mesure dénote en fait, à tout le moins, l'opinion majoritaire et, potentiellement, l'opinion unanime.[715]

---

[711] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 134 à 155 et 156 à 175.
[712] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 98.
[713] Réponse des États-Unis aux questions n° 60 et 100 du Groupe spécial.
[714] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 99.
[715] Au paragraphe 591 de son rapport sur l'affaire *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, l'Organe d'appel a précisé le critère d'examen applicable dans le contexte de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*:

> "L'Organe d'appel a fait observer qu'un Membre de l'OMC peut dûment établir une mesure SPS sur la base d'*opinions divergentes ou minoritaires*, tant que ces opinions proviennent de *sources compétentes et respectées*. Cela doit être pris en compte dans la

7.402 Par exemple, une étude de 1985 du Center for Disease Control (Centre de lutte contre les maladies) des États-Unis indique ce qui suit:

> "Outre les effets néfastes sur la santé qui peuvent résulter de l'inhalation d'eugénol et de clous de girofle pyrolysés, la consommation des cigarettes aux clous de girofle peut modifier les habitudes tabagiques des adolescents américains. Certains chercheurs ont affirmé que l'eugénol, qui est présent en quantités importantes dans la fumée des cigarettes aux clous de girofle (4), anesthésiait l'arrière gorge et la trachée des fumeurs, permettant une inhalation plus profonde et pouvant inciter à fumer des personnes que l'âpreté des cigarettes ordinaires, autrement, pouvait dissuader de le faire."[716]

7.403 Une étude de 1989 publiée dans *The Western Journal of Medicine* relève ce qui suit:

> "À part les enquêtes de commercialisation qui ne sont pas diffusées en dehors de l'industrie, l'estimation la plus précise de la consommation de cigarettes aux clous de girofle au sein d'une population définie est celle que Robinson et ses collaborateurs ont établie dans le cadre d'une enquête approfondie sur l'usage de substances qui a été réalisée anonymement et indépendamment des autorités scolaires auprès d'adolescents de Californie du Nord âgés de 16 ans environ. Leurs données sont résumées dans le tableau 1. Dans cette étude portant sur près de 1 300 élèves de 10ème année, de race blanche pour la plupart, 20 pour cent des garçons et 26 pour cent des filles ont indiqué avoir au moins essayé les cigarettes aux clous de girofle et 1 pour cent environ de chaque groupe a déclaré fumer ces cigarettes quotidiennement ou presque. Parmi les adolescents qui consommaient quotidiennement une ou plusieurs substances, environ 12 pour cent fumaient des cigarettes aux clous de girofle.
>
> En l'absence de données significatives allant au-delà des habitudes de consommation, nous pourrions nous attendre à ce que les cigarettes aux clous de girofle engendrent plus facilement une dépendance chez les jeunes fumeurs que les cigarettes classiques. L'attrait exotique du produit, son arôme puissant et l'intérêt de groupe qu'il suscite agiraient en ce sens, étant donné en particulier que les cigarettes aux clous de girofle ont depuis le début l'image d'un substitut des cigarettes classiques qui serait sans danger pour la santé. La cigarette aux clous de girofle est une cigarette "d'apprentissage" de conception presque idéale pour inciter les jeunes à fumer."[717]

7.404 Une étude de 1992 publiée dans la même revue médicale fait état de ce qui suit:

---

définition du critère d'examen d'un groupe spécial. En conséquence, lorsqu'il examine la compatibilité d'une mesure SPS avec l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, un groupe spécial doit, tout d'abord, identifier le fondement scientifique sur la base duquel la mesure SPS a été adoptée. Il n'est pas nécessaire que ce fondement scientifique exprime l'*opinion de la majorité dans la communauté scientifique* mais il peut exprimer des points de vue divergents ou minoritaires. Après avoir identifié le fondement scientifique sur lequel repose la mesure SPS, le groupe spécial doit ensuite vérifier que ce fondement provient d'une *source respectée et compétente*. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que le fondement scientifique représente l'opinion de la majorité dans la communauté scientifique, il doit néanmoins avoir *la rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré comme des données scientifiques dignes de foi*. …" (pas d'italique dans l'original, notes de bas de page omises).

[716] CDC, "Epidemiologic Notes and Reports. Illnesses Possibly Associated with Smoking Clove Cigarettes", MMRW Weekly, 34(21), 297-9 (mai 31, 1985) (pièce US-37), page 3 sur 4.

[717] Guidotti *et al*, "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", The Western Journal of Medicine (août 1989) (pièce US-38), pages 221 et 225 à 226.

> "Les cigarettes aux clous de girofle ont un arôme sucré qui provoque un certain engourdissement de la bouche. Cet effet fait disparaître en grande partie la sensation désagréable que produit la fumée de cigarette chez les nouveaux fumeurs. Ces cigarettes ont été appelées cigarettes "d'apprentissage".
>
> …
>
> Le potentiel d'incitation des adolescents au tabagisme est tout aussi préoccupant. L'habitude de fumer des cigarettes aux clous de girofle est moins nocive parce que ces cigarettes ont un goût acceptable et un effet anesthésiant sur les muqueuses qui diminue l'inconfort. Cette habitude a été associée à de nombreuses tendances sociales importantes parmi les groupes d'adolescents du même âge: musique new wave, produits "naturels" et à base de plantes, activité sportive (surf), exotisme (noms indonésiens et emballages aux couleurs vives) et méconnaissance de la part des parents (jusqu'à ce qu'une large publicité ait attiré l'attention sur cet engouement). À ce titre, les cigarettes aux clous de girofle peuvent représenter un danger potentiel de déclenchement d'une dépendance chez des fumeurs jusque-là inexpérimentés."[718]

7.405 Une étude réalisée en 1991 par le Comité sur la toxicomanie de l'Académie américaine de pédiatrie et publiée dans la revue *Pediatrics* conclut comme suit:

> "Les cigarettes aux clous de girofle devraient être suspectées d'être une drogue d'initiation en raison de leurs propriétés et de la manière dont elles sont fumées. Parce qu'il agit comme un anesthésique de la partie postérieure de l'oropharynx, l'eugénol contenu dans les cigarettes aux clous de girofle réduit les aspects nocifs de l'usage du tabac. Il peut donc faciliter l'apprentissage des techniques en la matière, aussi bien l'inhalation classique que la technique d'inhalation profondes employée pour fumer de la marihuana. En outre, le parfum des cigarettes aux clous de girofle et la mystique associée à leur usage ont rendu ces cigarettes très populaires auprès des adolescents qui ne consomment pas de drogue et qui cherchent à se faire accepter par un groupe de consommateurs de drogue de leur âge et à participer aux expériences de ce groupe."[719]

7.406 Une publication de 2003 de l'Institut national de la toxicomanie indique ce qui suit:

> "Les cigarettes aux clous de girofle sont parfois qualifiées de "cigarettes d'apprentissage" et peuvent servir de produit d'"initiation" des jeunes à l'usage du tabac. L'enquête Monitoring the Future (MTF), réalisée par l'Institut de recherche sociale de l'Université du Michigan et financée par l'Institut national de la toxicomanie, suit l'évolution de l'usage de drogues, y compris l'usage de produits du tabac, chez les élèves de huitième, de dixième et de douzième année. En 2002, 2,6 pour cent des élèves de huitième année, 4,9 pour cent des élèves de dixième année et 8,4 pour cent des élèves de douzième année avaient fumé des cigarettes aux clous de girofle au cours des 12 mois précédents."[720]

---

[718] Guidotti & Laing,"Clove Cigarettes", The Western Journal of Medicine (août 1992) (pièce US-41), pages 537 et 538.

[719] Committee on Substance Abuse, "Hazards of Clove Cigarettes," Pediatrics, vol. 88, (1991) (pièce US-43), pages 395 et 396 (citant, entre autres, Guidotti *et al*., "Clove Cigarettes: the Basis for Concern Regarding Health Effects", The Western Journal of Medicine (août 1989)).

[720] Susan Farrer, "Alternative Cigarettes May Deliver More Nicotine Than Conventional Cigarettes", *National Institute on Drug Abuse (NIDA) Notes*, vol. 18, n° 2 (août 2003) (pièce US-42).

7.407 Une autre étude de 2003, publiée dans la revue *Pharmacology, Biochemistry and Behavior*, relève ce qui suit:

> "En fait, les cigarettes aux clous de girofle sont qualifiées de "cigarettes d'apprentissage", ce qui implique qu'elles peuvent bel et bien être un produit d'initiation aux cigarettes classiques (Comité de la toxicomanie de l'Académie américaine de pédiatrie, 1991; Guidotti et Laing, 1992). Une proportion non négligeable de jeunes fumeurs des États-Unis consomment des cigarettes aux clous de girofle. Une enquête nationale réalisée en 1999 a permis de constater que 1,9 pour cent des collégiens et 5,8 pour cent des lycéens fumaient alors des cigarettes aux clous de girofle (CDCP, 2000)."[721]

7.408 Dans un article de 2005 publié dans la revue *Health Affairs*, il est observé ce qui suit:

> "Au plan interne, l'attrait des cigarettes aromatisées a longtemps été associé à des catégories de consommateurs spécifiques, en particulier les fumeurs jeunes et débutants. Par exemple, les recherches sur les consommateurs menées en 1984 par Brown et Williamson ont révélé que les personnes interrogées s'accordaient largement à reconnaître que les cigarettes aromatisées étaient beaucoup plus populaires parmi les jeunes fumeurs inexpérimentés.
>
> [L]es cigarettes aromatisées peuvent favoriser l'initiation des jeunes et aider les jeunes fumeurs occasionnels à devenir des fumeurs quotidiens en réduisant ou en masquant l'âpreté et le goût naturels de la fumée de tabac et en rendant un produit toxique plus acceptable. … en plus de promouvoir l'information du public et de prendre des mesures au niveau local face aux produits qui ciblent les jeunes, les responsables de l'élaboration des politiques devraient soutenir une législation interdisant aux fabricants d'ajouter aux produits du tabac ces arômes semblables à ceux des bonbons".[722]

7.409 Une étude de 2006 publiée dans la revue *American Journal of Public Health* fait état de ce qui suit:

> "Des études récentes montrent que les trois produits aromatisés sont consommés principalement par les jeunes. Dans des enquêtes réalisées en 2004, il a été constaté que jusqu'à 20 pour cent des fumeurs âgés de 17 à 19 ans avaient consommé des cigarettes aromatisées au cours des 30 jours précédents, alors que 6 pour cent seulement des fumeurs âgés de plus de 25 ans avaient fumé l'un des trois types de produits aromatisés. La consommation était la plus répandue dans les tranches d'âge des 17 ans (19,6 pour cent), et des 18 à 19 ans (20,2 pour cent) et la moins répandue chez les fumeurs de plus de 40 ans. ... Ces données suscitent de graves

---

[721] Malson, *et al.*, "Clove Cigarette Smoking: Biochemical, Physiological, and Subjective Effects", Pharmacology, Biochemistry and Behavior 74(3): 739-45 (février 2003) (pièce US-44), pages 739 et 740 (citant American Academy of Pediatrics Committee on Substance Abuse. Hazards of clove cigarettes. Pediatrics 1991; 88:5– 6; Guidotti TL, Laing L. Clove cigarettes. West J Med 1992; 156:537– 8; Centers for Disease Control and Prevention (CDCP). Tobacco use among middle and high school students—United States, 1999. Morb Mortal Weekly Rep 2000; 49:49 – 53).

[722] Carrie M. Carpenter, *et al.*, "New Cigarette Brands with Flavors that Appeal to Youth: Tobacco Marketing Strategies", Health Affairs, vol. 24, n° 6 (novembre/décembre 2005) (pièce US-40), pages 1603 et 1608 (citant T.G. Sommers, "Topline: Alternate Cigarette Flavors", 18 janvier 1984, Bates n° 537004281–537004282, tobaccodocuments.org/bw/163368.html (23 août 2005); Wayne and Connolly, "How Cigarette Design Can Affect Youth Initiation into Smoking").

> préoccupations au sujet des conséquences de ces produits sur le tabagisme chez les jeunes et les jeunes adultes.
>
> Tout en reconnaissant que ces produits sont réellement attrayants pour les jeunes et que leur commercialisation, au minimum, tient compte de cet attrait, nous nous concentrerons au cours de la présente discussion sur la population cible déclarée de l'industrie du tabac, à savoir les adultes, et en particulier les jeunes adultes, qui servent de modèles aux jeunes. ... Cibler les jeunes adultes peut être perçu comme doublement profitable puisque cela permet à la fois de s'emparer du marché des 18 à 24 ans et d'influencer indirectement les adolescents, qui peuvent chercher à imiter leurs camarades plus âgés.
>
> Bien qu'une grande partie de la controverse au sujet de ces cigarettes aromatisées ait été centrée sur leur capacité d'encourager l'expérimentation (tout en masquant le goût du tabac) chez les non-fumeurs, l'influence qu'elles peuvent avoir ne se limite pas à l'initiation à l'usage du tabac. Les produits dont nous traitons ici offrent toute une variété de goûts et de parfums alléchants qui peuvent inciter les fumeurs réguliers ou intermittents à continuer de fumer, faire échouer les tentatives de ceux qui souhaitent arrêter de fumer et pousser ceux qui ont arrêté de fumer à recommencer. Ces questions, elles aussi, sont à étudier.
>
> Une disposition de la législation récemment proposée pour la réglementation du tabac par l'Agence des médicaments et des produits alimentaires prévoit d'interdire l'utilisation d'arômes autres que le menthol dans les cigarettes. D'autres mesures prescrivant un empaquetage ordinaire ou générique des produits du tabac pourraient, en normalisant le conditionnement et la conception de ces produits afin qu'ils soient identiques d'une marque à l'autre, limiter l'attrait de ces cigarettes aux emballages attractifs. Ces mesures protégeraient non seulement les jeunes, mais aussi d'autres groupes cibles potentiels, comme les jeunes adultes."[723]

7.410 Une publication de 2006 de l'American Lung Association (Association américaine de pneumologie) met en avant les préoccupations suivantes:

> "[L]es données limitées qui existent sur ces nouveaux produits montrent que ceux-ci sont beaucoup plus populaires chez les jeunes fumeurs que chez les fumeurs plus âgés. En 2005, les chercheurs du Roswell Park Cancer Institute de Buffalo (État de New York) ont publié les résultats de plusieurs enquêtes réalisées en 2004 qui montraient que 20 pour cent des fumeurs âgés de 17 à 19 ans avaient fumé des cigarettes aromatisées au cours d'une période de 30 jours, contre seulement 6 pour cent des fumeurs de plus de 25 ans. En outre, 8,6 pour cent des élèves de neuvième année de la région occidentale de l'État de New York avaient essayé des cigarettes aromatisées au cours d'une période de 30 jours.
>
> Un rapport de 1985 de R.J. Reynolds mentionnait ce qui suit: "Le goût sucré peut conférer une dimension gustative différente, à laquelle les jeunes adultes fumeurs sont réceptifs, comme en témoignent leurs choix gustatifs dans d'autres secteurs de produits." Un rapport de 1972 de Brown & Williamson proposait d'envisager la mise au point de cigarettes aromatisées au cola et à la pomme. Les auteurs proposaient en outre une cigarette à l'arôme sucré et formulaient l'observation suivante: "C'est un

[723] Jane Lewis and Olivia Wackowski, "Dealing with an Innovative Industry: A Look at Flavored Cigarettes Promoted by Mainstream Brands", American Journal of Public Health, vol. 96, n° 2 (février 2006) (pièce US-33), pages 244 et 247 à 249.

> fait bien connu que les adolescents aiment les produits sucrés. Le miel pourrait être envisagé".
>
> [L]a solution politique au problème des cigarettes à l'arôme de bonbon et des autres produits du tabac aromatisés est très simple. Pour réduire leur attrait auprès des enfants, il faudrait éliminer la plupart des arômes des cigarettes et des autres produits du tabac.
>
> Des données d'enquête préliminaires montrent que ces produits sont beaucoup plus attrayants pour les jeunes, ce qui, sachant qu'environ 90 pour cent des fumeurs commencent avant d'atteindre l'âge de 21 ans, devrait servir d'avertissement fort adressé aux responsables de l'élaboration des politiques."[724]

7.411 Une autre étude de 2006, publiée dans le *Journal of Agricultural and Food Chemistry*, fait observer que "l'eugénol, composé aromatique épicé présent dans les cigarettes aux clous de girofle, peut agir comme un anesthésique qui engourdit la gorge, facilitant l'inhalation de la fumée; de ce fait, les cigarettes aux clous de girofle ont été qualifiées de cigarettes d'apprentissage".[725]

7.412 Une étude de 2007, publiée dans la revue *Food & Chemical Toxicology*, conclut que "l'inhalation d'eugénol, analgésique connu, peut engourdir la gorge du fumeur, ce qui facilite l'initiation à un usage du tabac qui peut durer toute la vie" et présente l'observation suivante:

> "Bien que la consommation de kreteks aux États-Unis ait diminué au milieu des années 1980 (Guidotti et *al.*, 1987), des données récentes donnent à penser qu'une consommation importante de ces cigarettes persiste. Une enquête du CDC a permis de constater que 2,7 pour cent des lycéens sur l'ensemble du territoire des États-Unis fumaient régulièrement des kreteks (Allen *et al.*, 2003). Selon d'autres études, jusqu'à 8,9 pour cent des collégiens et lycéens consommeraient toute leur vie des kreteks (Tercyak and Audrain, 2002) et jusqu'à 2,6 pour cent de ces mêmes collégiens et élèves en consommeraient régulièrement (Tercyak and Audrain, 2002; Soldz *et al.*, 2003). Parmi les produits du tabac autres que les cigarettes, à savoir les bidis (tabac coupé, souvent aromatisé, roulé dans une feuille de tendu comme une cigarette), les cigares, les kreteks et le tabac sans fumée, la consommation des kreteks vient en deuxième place seulement après celle des cigares (Soldz *et al.*, 2003)."[726]

7.413 L'une des études présentées par les États-Unis est un rapport élaboré en 2007 par un groupe d'étude de l'OMS et intitulé "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation" (Fondement

---

[724] American Lung Association, Tobacco Policy Trend Alert, From Joe Camel to Kauai Kolada – the Marketing of Candy Flavored Cigarettes, page 1 (juillet 2005, updated mai 2006), http://slati.lungusa.org/reports/CandyFlavoredUpdatedAlert.pdf (pièce US-35), pages 2 à 4.

[725] Stanfill SB, Brown CR, Yan XJ, Watson CH, Ashley DL, "Quantification of Flavor-Related Compounds in the Unburned Contents of Bidi and Clove Cigarettes", J. Agric. Food Chem. 2006, 54, 8580-8588 (pièce US-46), page 8581 (citant Guidotti, T. L.; Binder, S.; Stratton, J. W.; Schechter, F. G.; Jenkins, R. A., Clove cigarettes: development of the fad and evidence for health effects. In *Current Topics in Pulmonary Pharmacology and Toxicology*; Hollinger, M. A., Ed.; Elsevier: New York, 1987; vol. 2, pages 1 à 23.).

[726] Polzin, *et al.*, "Determination of eugenol, anethole, and coumarin in the mainstream cigarette smoke of Indonesian clove cigarettes", Food & Chemical Toxicology 45(10): 1948-53 (octobre 2007) (pièce US-45) (citant Allen, J.A., Vallone, D., Haviland, M.L., Healton, C., Davis, K.C., Farrelly, M.C., Husten, C.G., Pechacek, T., 2003. Tobacco use among middle and high school students – United States, 2002. MMWR 52, 1096–1098; Tercyak, K.P., Audrain, J., 2002. Psychosocial correlates of alternate tobacco produce use during adolescence. Prevent. Med. 35, 193–198; Soldz, S., Huyser, D.J., Dorsey, E., 2003. Characteristics of users of cigars, bidis, and kreteks and the relationship to cigarette use. Prevent. Med. 37, 250–258.).

scientifique de la réglementation des produits du tabac).[727] Ce groupe d'étude était composé de onze experts en la matière et était assisté par un secrétariat.[728] Il était établi conformément à la Convention-cadre de l'OMS. Il recommande d'élaborer des règlements "afin d'interdire la fabrication et la commercialisation de produits du tabac ayant des arômes de bonbon ou des arômes exotiques qui ciblent les fumeurs jeunes et débutants".[729] Le groupe d'étude a expliqué ce qui suit:

> "Ces dernières années, les fabricants de tabac ont modifié qualitativement cette pratique en mettant sur le marché toute une série de produits du tabac aromatisés portant des marques spécifiques, y compris des cigarettes, des cigares, du tabac sans fumée, des kreteks (cigarettes aux clous de girofle), des bidis et du tabac pour pipe à eau (narguilé). La production et la promotion récentes des produits du tabac aromatisés sont très préoccupantes sur le plan de la santé publique. ... En masquant l'âpreté naturelle de la fumée, les arômes pourraient inciter les jeunes à faire l'expérience de produits du tabac. ... Les jeunes fumeurs inexpérimentés sont plus enclins à essayer les cigarettes aromatisées étant donné que les agents aromatisants alléchants ôtent à la fumée de tabac son âpreté et sa toxicité, rendant ces cigarettes plus attrayantes pour les fumeurs débutants.[730]
>
> ...
>
> [L]es recherches publiées donnent à penser que les additifs aux arômes de bonbon sont un important facteur d'attraction des jeunes fumeurs inexpérimentés."[731]

7.414 Les *Directives partielles* de l'OMS confirment notre interprétation. Comme nous l'avons indiqué plus haut[732], ces directives, "[s]'appuyant sur les *meilleures données scientifiques disponibles* et sur l'expérience des Parties"[733], montrent qu'il existe un consensus croissant au sein de la communauté internationale en faveur d'un renforcement des politiques de lutte antitabac par une réglementation de la composition des produits du tabac, y compris les additifs qui rendent les cigarettes plus attractives et en améliorent le goût. À cet égard, les *Directives partielles* de l'OMS disposent que "[l]a réglementation des ingrédients visant à réduire l'attractivité des produits du tabac peut contribuer à abaisser la prévalence du tabagisme et de la dépendance tant chez les nouveaux consommateurs que chez les consommateurs habituels". Elles recommandent par conséquent, entre autres choses, que les "Parties ... réglement[ent], en la limitant ou en l'interdisant, l'utilisation d'ingrédients pouvant servir à améliorer le goût des produits du tabac".[734] Les ingrédients ciblés incluent ceux qui sont utilisés pour améliorer le goût et parmi les ingrédients améliorant le goût qui sont énumérés dans les Directives partielles de l'OMS figurent des agents masquants, comme le menthol et des épices et extraits végétaux, qui incluent la menthe et peuvent viser les clous de girofle.

---

[727] Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113).

[728] Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), pages vii et viii.

[729] Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 18.

[730] Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 26.

[731] Organisation mondiale de la santé, "The Scientific Basis of Tobacco Product Regulation", WHO Technical Report Series 945 (2007) (pièce US-113), page 100.

[732] Voir les paragraphes 7.229 à 7.231 ci-dessus.

[733] *Directives partielles* de l'OMS, Section 1.1.

[734] Le texte du projet de directives, qui a été adopté sans modification à la COP, peut être consulté en ligne à l'adresse http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop4/FCTC_COP4_28draft-fr.pdf.

7.415 À notre avis, les éléments de preuve examinés ci-dessus parlent pratiquement d'eux-mêmes: il n'est pas exact, comme l'affirme l'Indonésie, que le fondement scientifique de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle et/ou d'autres cigarettes aromatisées consiste en une "seule ligne d'une seule étude".[735] En revanche, il y a de nombreuses preuves scientifiques étayant la conclusion selon laquelle une interdiction des cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées pourrait contribuer à réduire le tabagisme chez les jeunes.

7.416 Nous notons que les éléments de preuve à l'effet contraire présentés par l'Indonésie ne font que renforcer encore la conclusion qui ressort des preuves scientifiques examinées ci-dessus. Nous trouvons étonnant qu'apparemment, l'Indonésie n'ait pu trouver qu'un expert scientifique qui exprime une opinion contradictoire, et cela uniquement sous la forme d'un article publié sur le propre blog de cet expert (par opposition à une revue médicale ou scientifique dont le contenu fait l'objet d'un examen par les pairs).[736]

Conclusion

7.417 Pour ces raisons, nous concluons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apportait pas de "contribution importante" à la réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. À notre avis, il y a "une véritable relation" entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause "pour ce qui est de la fin et des moyens".[737]

iv) Question de savoir si l'Indonésie a démontré qu'il y avait des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif au niveau de protection recherché par les États-Unis

7.418 Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a expliqué que si un groupe spécial constatait que la mesure en cause apportait une contribution importante à la réalisation de l'objectif, la question suivante consistait à déterminer s'il existait des mesures de rechange qui étaient moins restrictives pour le commerce et qui apporteraient une contribution équivalente:

> "Afin de déterminer si une mesure est "nécessaire" au sens de l'article XX b) du GATT de 1994, un groupe spécial doit évaluer tous les facteurs pertinents, en particulier l'étendue de la contribution à la réalisation de l'objectif d'une mesure et le caractère restrictif de cette mesure pour le commerce, à la lumière de l'importance des intérêts ou des valeurs en jeu. Si cette analyse aboutit à une conclusion préliminaire selon laquelle la mesure est nécessaire, ce résultat doit être confirmé par une comparaison entre la mesure et les solutions de rechange possibles, qui peuvent être moins restrictives pour le commerce tout en apportant une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif poursuivi. Il appartient au Membre plaignant d'indiquer les solutions de rechange possibles pour remplacer la mesure en cause que le Membre défendeur aurait pu prendre."[738]

7.419 Nous ne voyons rien dans le texte, le contexte ou le but de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* qui donne à penser que cette disposition appelle une approche différente.

---

[735] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 99.

[736] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 102; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 16 (citant les opinions exprimées par M. Michael Siegel dans son blog sous le titre " FDA Commissioner Falsely Asserts that Flavored Cigarettes are a Gateway for Teen Smoking; Representative Waxman Also Makes the Same False Claim", Dr. Michael Siegel, disponible à l'adresse suivante: http://www.tobaccoanalysis.blogspot.com/, 24 juin 2010 (pièce IND-37).)

[737] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 145.

[738] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156.

7.420 En l'espèce, l'Indonésie fait valoir que même s'il s'avérait que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle a apporté une contribution à l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes, des mesures moins restrictives pour le commerce étaient raisonnablement applicables pour limiter la disponibilité de ces cigarettes auprès des jeunes.[739] À cet égard, l'Indonésie passe en revue: i) les dispositions de la FSPTCA applicables aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires qui visent à réduire la capacité des cigarettiers de se livrer à des pratiques qui ciblent et attirent les jeunes[740]; ii) les mesures que la FSPTCA empêche expressément la FDA de prendre, qui réduiraient sensiblement le tabagisme chez les jeunes et ne seraient pas particulièrement restrictives pour le commerce[741]; iii) certaines mesures non restrictives pour le commerce qui figurent dans l'accord d'expédient conclu en 2006 entre R.J. Reynolds et les *Attorneys General* de plusieurs États concernant de nouveaux produits qui, selon les allégations des défenseurs de la santé, ont été conçus et commercialisés pour attirer les jeunes[742]; iv) les mesures non restrictives pour le commerce adoptées par certains autres pays, y compris l'Australie et Singapour, afin de remédier au tabagisme chez les jeunes[743]; et v) diverses mesures énoncées dans la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac* qui visent à empêcher la vente de cigarettes aux mineurs.[744]

7.421 À notre avis, l'Indonésie n'a pas démontré qu'il y avait des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif au niveau de protection recherché par les États-Unis.

7.422 Premièrement et surtout, nous considérons que l'Indonésie n'a pas indiqué de manière appropriée la ou les mesures de rechange que les États-Unis auraient dû appliquer. Au lieu de cela, l'Indonésie se contente d'énumérer de nombreuses mesures différentes, principalement sous la forme de points. Plus précisément, l'Indonésie estime que remplacer l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle par les mesures moins restrictives pour le commerce ci-après[745] apporterait une contribution équivalente, au niveau de protection recherché par les États-Unis:

- interdire toute publicité en plein air pour le tabac à moins de 300 mètres des écoles et aires de jeux[746];
- interdire tous les parrainages restants de manifestations sportives et de spectacles par des marques de tabac[747];
- interdire la distribution gratuite de tout article ne contenant pas de tabac à l'achat d'un produit du tabac[748];
- limiter au seul texte en noir et blanc la publicité présente dans les publications qui ont un important lectorat d'adolescents, ainsi que la publicité faite en plein air et sur les points de vente, à l'exception des locaux réservés aux adultes[749];

[739] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 104 à 111.
[740] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.
[741] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.
[742] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 108.
[743] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[744] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.
[745] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.
[746] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.
[747] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.
[748] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.
[749] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.

- limiter les distributeurs automatiques et les présentoirs en libre-service aux locaux réservés aux adultes[750];
- demander aux détaillants de vérifier l'âge pour tous les produits en vente libre et prévoir au niveau fédéral des mesures d'exécution et des sanctions à l'encontre des détaillants qui vendent à des mineurs[751];
- porter à 19 ans l'âge légal requis pour acheter des produits du tabac[752];
- restreindre les ventes de cigarettes aux lieux réservés aux adultes[753];
- prohiber l'utilisation de termes ou d'images liés aux fruits, bonbons ou boissons alcooliques dans le nom de la marque, l'emballage, la publicité imprimée (ailleurs que dans un lieu réservé aux adultes), les promotions directes par courrier postal ou électronique et la publicité sur le Web[754];
- conférer à la FDA le pouvoir d'approuver toutes nouvelles marques et étiquettes et tous nouveaux emballages de tabac[755];
- interdire presque toutes les publicités pour le tabac et interdire aux sociétés productrices de tabac de parrainer des manifestations[756];
- interdire la distribution gratuite d'articles promotionnels en liaison avec l'achat de produits du tabac[757];
- limiter l'exposition des produits du tabac[758];
- soumettre l'emballage à des prescriptions rigoureuses[759];
- imposer des mises en garde sanitaires[760];
- infliger des amendes à ceux qui fument alors qu'ils n'ont pas l'âge légal de le faire[761];
- interdire à certains détaillants, y compris les magasins de produits de santé, les établissements destinés aux jeunes, comme les salles de jeux électroniques, et les stations-service, de vendre des produits du tabac, afin de rendre ceux-ci moins accessibles aux jeunes[762];

[750] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.
[751] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 106.
[752] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.
[753] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 107.
[754] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 108.
[755] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 108.
[756] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[757] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[758] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[759] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[760] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[761] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[762] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.

- retirer leur licence dès la première infraction aux buralistes surpris à vendre à des acheteur n'ayant pas l'âge légal[763];
- n'autoriser la vente de cigarillos (minicigares) que par paquets de 20 plutôt que de dix, afin de rendre le prix excessif pour les jeunes acheteurs)[764];
- interdire les cigarettes à l'arôme de bonbon, mais pas les cigarettes aux clous de girofle[765];
- interdire de vendre des produits du tabac en rendant ceux-ci directement accessibles, par exemple sur les étagères des magasins[766];
- interdire la fabrication et la vente de confiseries, en-cas, jouets ou autres objets ayant la forme de produits du tabac attrayants pour les mineurs[767];
- s'assurer que les distributeurs automatiques de produits du tabac placés sous sa juridiction ne soient pas accessibles aux mineurs et ne fassent pas de promotion pour la vente de ces produits aux mineurs[768];
- interdire la distribution gratuite de produits du tabac au public et surtout aux mineurs[769]; et/ou
- interdire la vente de cigarettes à la pièce ou par petits paquets, ce qui facilite l'accès de ces produits aux mineurs.[770]

7.423 À notre avis, le simple fait d'énumérer ainsi deux douzaines de mesures de rechange possibles est insuffisant pour établir des éléments *prima facie*. Il semble assez clair que chacune de ces mesures serait moins restrictive pour le commerce que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Le problème est que le simple fait d'énumérer deux douzaines de mesures de rechange, sans plus, ne montre pas que ces mesures apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif au niveau de protection recherché par les États-Unis. Nous notons en outre que l'Indonésie ne précise pas si c'est l'une quelconque de ces mesures, ou une combinaison de ces mesures, ou l'ensemble de ces mesures, qui constituerait la (les) mesure(s) de rechange.

7.424 En outre, il apparaît que chacune des mesures de rechange proposées par l'Indonésie présente, en comparaison de l'interdiction pure et simple actuellement en place, un risque plus important de non-réalisation de l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. Pour analyser l'existence de mesures de rechange, nous sommes tenus, aux termes de l'article 2.2, de tenir compte "des risques que la non-réalisation entraînerait". Ainsi, l'article 2.2 laisse entendre que si un moyen de rechange permettant de réaliser l'objectif qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes présentait "des risques de non-réalisation" plus importants, ce moyen pourrait ne pas être une mesure de rechange légitime. Cela est conforme à la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994, selon laquelle la question pertinente, comme nous l'avons expliqué plus haut, est de savoir s'il y a une ou plusieurs mesures de rechange qui apporteraient une contribution "équivalente" à la

[763] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[764] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[765] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 109.
[766] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.
[767] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.
[768] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.
[769] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.
[770] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 110.

réalisation de l'objectif au niveau recherché. À notre avis, dans le cas où une mesure de rechange entraînerait un risque plus important de non-réalisation de l'objectif, il serait difficile de constater que cette mesure apporterait une contribution "équivalente" à la réalisation de l'objectif, au niveau de protection recherché.

7.425 Cependant, même si la liste de mesures de rechange dressée par l'Indonésie est suffisante pour établir des éléments *prima facie*, nous considérons que les États-Unis ont réfuté ces éléments en faisant observer que nombre des mesures de rechange proposées par l'Indonésie étaient déjà en place sur leur territoire.[771] Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, le groupe spécial a rejeté un certain nombre des mesures de rechange proposées par le plaignant, au motif qu'elles étaient déjà partiellement en place. L'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle "les mesures de rechange possibles indiquées par les Communautés européennes pour éviter la production de pneumatiques de rebut ne pourraient pas "être appliquées en remplacement" de l'interdiction d'importer mais étaient plutôt des mesures complémentaires que le Brésil *appliquait déjà, au moins en partie*".[772]

7.426 En outre, nous considérons que l'Indonésie s'appuie à tort sur les mesures non restrictives pour le commerce adoptées, selon ses allégations, par certains autres pays, y compris l'Australie et Singapour, pour remédier au tabagisme chez les jeunes. En particulier, l'Indonésie n'a fourni que certaines références sélectives aux pratiques de quelques autres pays, sans mentionner les autres Membres qui ont interdit les cigarettes aux clous de girofle. Ce qui est plus important, toutefois, c'est qu'il n'est pas évident que les lois mises en œuvre à ce jour par d'autres pays doivent servir de sorte de point de repère pour les États-Unis ou tout autre Membre souverain de l'OMC, en particulier quand l'Indonésie n'a pas établi les objectifs de ces mesures étrangères ni le niveau auquel lesdites mesures réalisaient leurs objectifs respectifs, et n'a pas non plus établi que les objectifs des mesures étrangères étaient les mêmes que l'objectif des États-Unis, ni que les pays étrangers cherchaient à réaliser cet objectif au même niveau que les États-Unis cherchaient à le faire.

7.427 Enfin, bien qu'une interdiction des cigarettes aromatisées ne compte pas parmi les diverses mesures énoncées dans la *Convention-cadre de l'OMS pour la lutte antitabac* elle-même, nous rappelons que prohiber la vente de cigarettes aromatisées est en fait l'une des mesures qui sont désormais recommandées dans les *Directives partielles* de l'OMS.

7.428 Nous concluons par conséquent que l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.

e) Conclusion générale relative à l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*

7.429 Nous avons commencé par définir une analyse en deux étapes afin de structurer notre examen de l'allégation présentée par l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. La première étape de notre analyse a consisté à examiner si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle poursuivait un "objectif légitime". La deuxième étape a consisté à examiner si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait).

[771] Première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 316; deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 165; réponse des États-Unis à la question n° 109 c) du Groupe spécial.

[772] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 159 (pas d'italique dans l'original).

7.430 Au terme de la première étape de notre analyse, nous avons conclu i) que l'Indonésie avait démontré que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était de réduire le tabagisme chez les jeunes; et ii) que l'objectif de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était "légitime". Par conséquent, nous avons conclu que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle poursuivait un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

7.431 Au terme de la deuxième étape de notre analyse, nous avons conclu: i) que la jurisprudence élaborée au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 était pertinente pour l'interprétation du critère "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" figurant à l'article 2.2 de l'*Accord OTC*; ii) que l'Indonésie n'avait pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépassait le "niveau de protection" recherché par les États-Unis; iii) que l'Indonésie n'avait pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'apportait pas de "contribution importante" à l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes; et iv) que l'Indonésie n'avait pas démontré qu'il y avait des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif au niveau de protection recherché par les États-Unis. Par conséquent, nous avons conclu que l'Indonésie n'avait pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser son objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.

7.432 Pour ces raisons, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par l'article 907 a) 1) A) était plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime qui consiste à réduire le tabagisme chez les jeunes, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. En conséquence, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.

G. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.5 DE *L'ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.433 L'**Indonésie** allègue qu'en n'apportant pas une "réponse complète" à ses questions, reproduites dans le document G/TBT/W/323, au sujet de la justification de l'article 907 a) 1) A), les États-Unis ne se sont pas acquittés de leur obligation au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.[773] Initialement, l'Indonésie a également inclus dans son allégation de violation le manquement allégué des États-Unis à l'obligation de se référer aux termes de l'article 2.2, 2.3 et 2.4 de l'*Accord OTC* dans leur réponse orale à l'Indonésie lors de la réunion du Comité OTC des 5 et 6 novembre 2009.[774] Toutefois, en réponse à une question du Groupe spécial, l'Indonésie a concédé qu'un Membre n'était pas tenu de citer nommément chaque article de l'*Accord OTC* dans sa réponse pour satisfaire aux obligations au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.[775] En conséquence, l'Indonésie considère que la seule question litigieuse dont le Groupe spécial est saisi est celle de savoir si les États-Unis ont donné une explication en temps voulu comme le prescrit l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.[776]

7.434 D'après l'Indonésie, en deux occasions[777] après la signature de la FSPTCA, mais avant l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) (le 22 septembre 2009), elle a demandé aux États-Unis de répondre

[773] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 132.
[774] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 132.
[775] Réponse de l'Indonésie à la question n° 68 du Groupe spécial, paragraphe 137.
[776] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 163; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.
[777] D'après l'Indonésie, la première occasion a eu lieu le 20 août 2009 et la seconde le 27 août 2009.

aux questions posées dans le document G/TBT/W/323[778] qui devaient permettre de comprendre pourquoi, sous le prétexte de protéger les adolescents contre le tabagisme, ils interdiraient un type de cigarette que les adolescents fumaient rarement (à savoir, les cigarettes aux clous de girofle), mais pas un type de cigarette sur lequel "ils se jettent littéralement en masse" (à savoir, les cigarettes mentholées).[779] L'Indonésie explique que son allégation au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* n'est

[778] Les questions étaient les suivantes:
"Concernant l'article 907 de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial, le gouvernement indonésien demande également aux États-Unis de répondre aux questions suivantes:
a) L'article 907 interdit que les cigarettes ou l'un quelconque de leurs composants contiennent un arôme naturel ou artificiel (autre que le tabac et le menthol), une herbe ou une épice. Pourquoi le menthol est-il l'unique arôme, herbe ou épice exclu du champ de cette disposition?
b) Nous savons que la production de cigarettes aux clous de girofle est une industrie importante en Indonésie. Ces cigarettes sont-elles également fabriquées aux États-Unis?
c) L'article 907 dispose en outre que la prohibition d'un arôme ou d'une herbe ou épice naturel ou artificiel s'applique s'il s'agit d'un "arôme caractéristique" du produit du tabac ou de la fumée de tabac. Cependant, le projet de loi ne précise pas quels composants d'une cigarette constituent un "arôme caractéristique". Comment la FDA envisage-t-elle d'interpréter le concept d'"arôme caractéristique"?
d) Les cigarettes contiennent beaucoup d'ingrédients autres que le tabac. En vertu de l'article 907, comment sera-t-il possible de faire la différence entre certains "ingrédients" et les "arômes caractéristiques"?
e) Le menthol est un arôme artificiel dérivé de la menthe, qui est clairement une herbe ou épice. Les États-Unis estiment-ils que les cigarettes mentholées relèveraient des dispositions de l'article 907 et seraient prohibées en l'absence de l'exception prévue par le projet de loi?
f) Physiquement, les cigarettes aux clous de girofle comme les cigarettes mentholées contiennent du tabac ainsi qu'un additif aromatisant d'origine végétale aux propriétés adoucissantes. L'utilisation finale des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes mentholées est la même, les deux servant à fumer du tabac. Les États-Unis estiment-ils que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées sont des produits similaires?
g) L'un des objectifs principaux du projet de loi, comme indiqué dans les constatations, est de réduire les effets du tabagisme chez les jeunes. Selon ces mêmes constatations, il est nécessaire de réglementer davantage les produits du tabac et leur commercialisation afin d'empêcher les mineurs de se procurer des cigarettes. Cependant, les éléments de preuve dont nous disposons indiquent que les jeunes fument beaucoup plus de cigarettes mentholées que de cigarettes aux clous de girofle. Avez-vous connaissance de données qui, au contraire, indiquent que les cigarettes aux clous de girofle sont davantage consommées par les jeunes que les cigarettes mentholées?
h) L'OMC autorise bien les Membres à prendre des mesures pour protéger la santé des personnes mais ces mesures doivent être fondées sur des principes scientifiques rigoureux. Avez-vous connaissance d'études scientifiques démontrant que les cigarettes aux clous de girofle sont plus nocives pour la santé que les cigarettes mentholées?
i) Plusieurs des autres cigarettes aromatisées qui seraient interdites par l'article 907 (par exemple celles à la cerise, à la fraise, au chocolat) ont été fabriquées et commercialisées pour attirer les jeunes. Les cigarettes aux clous de girofle sont vendues depuis des décennies et ne ciblent pas les jeunes; elles sont surtout vendues dans des débits de tabac spécialisés. Avez-vous connaissance de publicités particulières pour les cigarettes aux clous de girofle qui sont considérées comme ciblant ou attirant les jeunes?
j) Les cigarettes aromatisées autres que les mentholées sont interdites en vertu de l'article 907. Les cigarettes mentholées feront l'objet d'une étude et d'une réglementation de la FDA. Pourquoi est-il nécessaire d'interdire les autres cigarettes aromatisées et seulement d'étudier et de réglementer les cigarettes mentholées?"

[779] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 130.

pas que les États-Unis n'ont pas répondu à chacune des questions qui leur étaient posées.[780] Elle fait valoir que, lorsque les États-Unis ont été priés de "justifier" l'article 907 a) 1) A), ils étaient tenus par l'article 2.5 de l'*Accord OTC* d'indiquer les preuves scientifiques ou autres étayant l'adoption de la mesure.[781] L'Indonésie soutient que le fait de l'informer que l'article 907 a) 1) A) était destiné à protéger la santé publique, et en particulier la santé des jeunes Américains, touchait, tout au plus, à l'objectif de la disposition, mais que cela n'éclairait en rien la mesure elle-même et n'apportait aucune "donnée scientifique ou technique" concernant les risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait.[782]

7.435 L'Indonésie affirme qu'elle n'a jamais reçu de réponse complète de la part des États-Unis, en dehors du fait qu'ils ne lèveraient pas l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle et qu'ils avaient identifié plusieurs risques pour la santé des personnes présentés par ces cigarettes.[783] Selon l'Indonésie, les États-Unis admettent qu'elle leur a demandé de "justifier" l'article 907 a) 1) A) au sens de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.[784]

7.436 L'Indonésie soutient qu'il "ne peut être juste" qu'un Membre s'acquitte de l'obligation au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* "en enjoignant simplement un Membre à lire la mesure pour laquelle une explication et une justification sont demandées".[785] Selon elle, si tel était le cas, l'article 2.5 de l'*Accord OTC* serait largement vidé de son sens.[786] L'Indonésie fait valoir que la FSPTCA et l'historique de son élaboration ne fournissaient pas les preuves scientifiques ou autres qu'elle recherchait.[787]

7.437 L'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) a eu un effet notable sur son commerce, étant donné que plus de six millions d'Indonésiens vivent de la production de cigarettes aux clous de girofle et que, durant la seule année 2008, ses exportations de cigarettes aux clous de girofle vers les États-Unis se sont chiffrées à plus de 15 millions de dollars EU.[788] L'Indonésie estime que la non-justification de l'article 907 a) 1) A) par les États-Unis lui a porté préjudice en compromettant sa capacité de présenter une réfutation fondée sur des faits concernant toutes les préoccupations spécifiques relatives aux cigarettes aux clous de girofle pendant le processus législatif.[789] Selon l'Indonésie, le fait de ne pas connaître les justifications scientifiques ou techniques de la mesure ni les vues des États-Unis concernant les risques que la non-réalisation de la mesure entraînerait ne lui a pas laissé d'autre choix que de deviner quelles pouvaient être ces préoccupations. L'Indonésie affirme que le refus des États-Unis de fournir des renseignements comme le prescrit l'article 2.5 de l'*Accord OTC* donne à penser que ces renseignements n'existent pas. L'Indonésie "soupçonne" que, si les États-Unis disposaient de renseignements selon lesquels les cigarettes aux clous de girofle incitaient les jeunes à fumer en nombre important, ils se seraient empressés de les faire connaître.[790]

---

[780] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 165.
[781] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 169.
[782] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 168; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145; réponse de l'Indonésie à la question n° 68 du groupe spécial, paragraphe 138.
[783] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 130 et 131.
[784] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 163.
[785] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 170.
[786] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 170; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.
[787] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 170.
[788] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 129.
[789] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145; réponse de l'Indonésie à la question n° 70 du Groupe spécial.
[790] Réponse de l'Indonésie à la question n° 70 du Groupe spécial, paragraphe 143.

7.438 Les **États-Unis** affirment que l'Indonésie n'a jamais invoqué l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, ni demandé une justification de l'article 907 a) 1) A) au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4.[791] Pour les États-Unis, il n'est donc "pas surprenant" qu'en réponse à la demande d'explication de l'Indonésie, ils ne se soient pas référés à ces dispositions.[792] En outre, les États-Unis affirment que, contrairement à ce que l'Indonésie soutient, ils ont pleinement justifié l'article 907 a) 1) A)[793], et que l'Indonésie n'a pas démontré qu'ils avaient agi d'une manière incompatible avec l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.[794]

7.439 Les États-Unis font valoir que l'article 2.5 de l'*Accord OTC* exige seulement d'un Membre qu'il justifie un règlement technique lorsqu'un autre Membre pose des questions au sujet de la mesure, et n'impose pas au Membre interrogé de répondre à "chaque question spécifique et détaillée" qu'il reçoit, y compris des questions sans rapport avec l'article 2.2, 2.3 ou 2.4 de l'*Accord OTC*.[795] Selon les États-Unis, l'Indonésie a également tort lorsqu'elle soutient que l'article 2.5 de l'*Accord OTC* impose aux Membres importateurs de fournir, en substance, "une analyse juridique complète" de chaque élément et de communiquer au Membre exportateur toutes les données scientifiques correspondantes.[796]

7.440 Les États-Unis estiment qu'ils se sont conformés à l'article 2.5 de l'*Accord OTC* en expliquant à l'Indonésie les objectifs et la justification de l'article 907 a) 1) A) en trois occasions au moins. Ils rappellent que, pour s'acquitter de leur obligation, ils avaient tout d'abord organisé des discussions bilatérales avec l'Indonésie à Genève, le 27 août 2009. Les autorités des États-Unis ont rencontré de nouveau l'Ambassadeur indonésien pour évoquer les préoccupations de l'Indonésie la semaine suivant la réunion des ministres du commerce en Inde. Enfin, les délégations des deux pays ont encore abordé la question à la réunion du Comité OTC de novembre 2009.[797] Selon les États-Unis, il ressort

---

[791] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 87.
[792] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 87.
[793] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 282 et 283.
[794] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 285. Le compte rendu de la réunion du Comité OTC de novembre 2009 est libellé comme suit:

> "Le représentant des États-Unis a indiqué que les États-Unis ne lèveraient pas l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, car le gouvernement Obama attachait un degré de priorité élevé à la protection de la santé des Américains, et en particulier des jeunes. Les autorités sanitaires des États-Unis étaient en faveur d'une interdiction des cigarettes aux clous de girofle pour protéger la santé publique. Ces cigarettes plaisaient particulièrement aux jeunes et constituaient un "produit d'appel" qui pouvait les conduire à fumer des cigarettes normales. En particulier, avec les cigarettes aux clous de girofle, les nouveaux fumeurs commençaient à fumer plus facilement parce qu'elles masquaient l'âcreté de la fumée de cigarette et, comme d'autres arômes fruitiers interdits, pouvaient faciliter le passage à l'addiction. Il était également avéré que ces cigarettes pouvaient poser des risques sanitaires supplémentaires par rapport aux cigarettes classiques. Quant à l'allégation de discrimination, l'intervenant a souligné qu'il existait, sur les plans de la consommation, de l'usage et de l'épidémiologie, d'importantes différences qui faisaient que les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées n'étaient pas comparables. L'[Agence] des produits alimentaires et des médicaments des États-Unis (FDA) avait établi un Comité consultatif scientifique qui soutiendrait de nouvelles études sur les cigarettes mentholées avant de décider d'une mesure appropriée de santé publique. La délégation des États-Unis était disposée à discuter plus avant de la question avec l'Indonésie afin de permettre aux régulateurs indonésiens de mieux comprendre le fondement scientifique de la mesure prise."

Comité OTC, *Compte rendu de la réunion des 5 et 6 novembre 2009*, G/TBT/M/49, paragraphe 7 (décembre 2009). Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 281.
[795] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 279. Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 87.
[796] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 88.
[797] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 280.

du compte rendu de cette réunion[798] que leur représentant a indiqué que, compte tenu du degré de priorité élevé que le gouvernement Obama attachait à la protection de la santé des Américains (en particulier des jeunes), l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne serait pas levée. Les États-Unis font valoir que, comme ils l'ont expliqué lors de la réunion, les cigarettes aux clous de girofle présentent un attrait particulier pour les jeunes et constituent un "produit pour débutant" qui peut les conduire à fumer des cigarettes ordinaires. En particulier, les cigarettes aux clous de girofle facilitent les débuts des nouveaux fumeurs. Les États-Unis font aussi valoir que, lors de cette réunion, leur représentant a expliqué qu'il existait des éléments de preuve indiquant que les cigarettes aux clous de girofle pouvaient poser des risques sanitaires supplémentaires par rapport aux cigarettes classiques.[799]

7.441 En outre, les États-Unis affirment que la FSPTCA apporte la pleine justification de la mesure dans ses premiers articles, laquelle est encore étayée par l'historique de son élaboration.[800] Selon les États-Unis, l'explication de la FSPTCA, ses buts et l'historique de son élaboration sont désormais et étaient facilement accessibles.[801] Les États-Unis soutiennent que l'Indonésie a tort de faire valoir que l'article 2.5 de l'*Accord OTC* serait largement vidé de son sens si l'explication donnée dans le texte de la mesure elle-même et dans l'historique de l'élaboration de l'article 907 a) 1) A) pouvait être prise en considération pour évaluer si un Membre s'est acquitté de son obligation au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.[802] Les États-Unis font valoir que le fait que bon nombre des renseignements dont l'Indonésie a, d'après ses allégations, besoin étaient "déjà facilement accessibles" – et "sans aucun doute examinés par l'Indonésie" – "est certainement pertinent" pour l'allégation de l'Indonésie.[803]

7.442 Les États-Unis soutiennent que l'Indonésie a tort lorsqu'elle allègue qu'elle a subi un préjudice.[804] Selon eux, l'Indonésie a eu d'amples possibilités dont, pour autant qu'ils le sachent, elle a pleinement tiré parti, d'exprimer ses vues aux responsables gouvernementaux des États-Unis. Les États-Unis font valoir que le libellé de l'article 907 a) 1) A) est resté fondamentalement inchangé depuis sa rédaction en 2004, et qu'il avait été notoire pendant un certain temps que son but sous-jacent était, en partie, d'éliminer les produits qui présentaient un attrait pour les jeunes. Les États-Unis soutiennent que, si l'Indonésie considérait qu'il n'y avait pas de preuves scientifiques suffisantes à l'appui de l'interdiction, elle avait la possibilité de fournir des arguments fondés sur des faits à ce sujet.[805]

7.443 En conséquence, du point de vue des États-Unis, l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.5 se résume à l'expression de son insatisfaction face à l'explication qu'ils lui ont fournie.[806]

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.444 La question dont le Groupe spécial est saisi consiste donc à savoir si les États-Unis n'ont pas justifié l'article 907 a) 1) A) au regard de l'article 2.2, 2.3 et 2.4 de l'*Accord OTC*, lorsque l'Indonésie le leur a demandé, comme l'exige l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Selon l'Indonésie, la seule question

[798] Comité OTC, *Compte rendu de la réunion des 5 et 6 novembre 2009*, G/TBT/M/49, paragraphe 7 (décembre 2009).
[799] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 281.
[800] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 282 et 283.
[801] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 85.
[802] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 89 et 90.
[803] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 90.
[804] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 86.
[805] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 91.
[806] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 284.

litigieuse dont le Groupe spécial est saisi à cet égard est celle de savoir si les États-Unis ont fourni une explication en temps voulu comme le prescrit l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.[807]

7.445 Comme pour les autres dispositions en cause dans le présent différend, nous sommes confrontés à une situation sans précédent, puisqu'aucun rapport antérieur de l'Organe d'appel ou de groupe spécial n'a interprété l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Nous commencerons donc par examiner la disposition juridique en cause pour déterminer le critère juridique applicable.

b) Disposition juridique en cause

7.446 L'article 2.5 de l'*Accord OTC* dispose ce qui suit:

> "Lorsqu'il élaborera, adoptera ou appliquera un règlement technique pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, un Membre justifiera, si un autre Membre lui en fait la demande, ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4. Chaque fois qu'un règlement technique sera élaboré, adopté ou appliqué en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés au paragraphe 2, et qu'il sera conforme aux normes internationales pertinentes, il sera présumé – cette présomption étant réfutable – ne pas créer un obstacle non nécessaire au commerce international."

7.447 Nous notons que l'article 2.5 est composé de deux phrases: la première concerne la justification que les Membres sont tenus d'apporter, si un autre Membre leur en fait la demande, concernant leurs règlements techniques; la seconde établit une présomption réfutable de conformité avec la première phrase de l'article 2.2 des règlements techniques qui sont élaborés, adoptés ou appliqués en vue d'atteindre l'un des objectifs légitimes expressément mentionnés à l'article 2.2 et qui sont conformes aux normes internationales pertinentes. L'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* concerne uniquement la première phrase.

7.448 La première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* oblige donc tout Membre qui élabore, adopte ou applique un règlement technique pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres à justifier, si un autre Membre lui en fait la demande, ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4 de l'article 2 de l'*Accord OTC*.

7.449 Nous observons que la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* énonce quatre éléments qui doivent être présents: i) le Membre en question "élabor[e], adopt[e] ou appliqu[e] un règlement technique"; ii) cette mesure "[peut] avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres"; iii) une "demande" est faite par "un autre Membre"; et iv) le Membre en question doit "justifie[r] ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2.

7.450 Plutôt que d'examiner ces éléments selon leur ordre d'apparition dans la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, il nous semble que la question liminaire à laquelle nous devrions répondre est celle de savoir si l'Indonésie a effectivement *demandé* aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4, *conformément à* la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. En effet, en l'absence d'une telle demande, l'obligation de justifier l'article 907 a) 1) A) ne s'appliquerait pas.

[807] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 163; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.

c) Question de savoir si l'Indonésie a demandé aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*

7.451 Nous allons donc procéder à notre analyse en commençant par examiner si l'Indonésie a demandé aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.

7.452 L'Indonésie fait valoir qu'elle a posé des questions aux États-Unis en deux occasions entre la signature de la FSPTCA et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) le 22 septembre 2009.[808] L'Indonésie allègue qu'elle a demandé pour la première fois une justification de l'article 907 a) 1) A) le 17 août 2009. Ce jour-là, l'Indonésie a posé une série de questions aux États-Unis dans le document G/TBT/W/323, distribué le 20 août 2009, par l'intermédiaire du Comité OTC. La seconde demande a été faite pendant les discussions bilatérales informelles organisées le 27 août 2009 à Genève, au cours desquelles l'Indonésie a posé aux États-Unis essentiellement les mêmes questions que celles reproduites dans le document G/TBT/W/323.[809] Après l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), l'Indonésie a de nouveau fait part des préoccupations qu'elle avait exprimées dans les questions reproduites dans le document G/TBT/W/323 à la réunion du Comité OTC des 5 et 6 novembre 2009.[810]

7.453 Les États-Unis répondent que l'Indonésie n'a jamais invoqué l'article 2.5 de l'*Accord OTC* ni demandé une justification de l'article 907 a) 1) A) au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4.[811] Parallèlement, ils soutiennent qu'ils ont agi d'une manière compatible avec l'article 2.5, ont expliqué les objectifs et présenté une justification de la promulgation de la mesure.[812]

7.454 Nous notons que le document G/TBT/W/323 auquel l'Indonésie se réfère commence par un long exposé des motifs pour lesquels l'Indonésie juge que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec un certain nombre de dispositions des accords visés. À ce sujet, nous relevons que l'Indonésie mentionne les article 2, 3, 5 et 7 de l'*Accord SPS*, les articles 2 et 12 de l'*Accord OTC* et les articles III et XXIII du GATT de 1994.

7.455 Comme les États-Unis le soulignent, il n'est pas fait mention de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* dans le document G/TBT/W/323. Il n'y a pas non plus de demande faite aux États-Unis visant à ce qu'ils "justifie[nt] [l'article 907 a) 1) A)] au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*".

7.456 En l'absence de toute référence à l'article 2.5 de l'*Accord OTC* ou même à une demande de justification de l'article 907 a) 1) A) "au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*", surtout alors qu'il y avait des références spécifiques et expresses à de nombreuses autres dispositions d'autres accords visés, comme l'*Accord SPS*, il est concevable que les États-Unis n'aient pas compris que les questions posées par l'Indonésie dans le document G/TBT/W/323 constituaient une demande conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.

7.457 Nous allons néanmoins examiner le fond des questions elles-mêmes afin de déterminer si les États-Unis auraient pu comprendre qu'elles constituaient une demande conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Autrement dit, nous examinerons si l'Indonésie a implicitement présenté une demande au titre de l'article 2.5. Pour ce faire, nous examinerons si l'objet des questions en cause se rapporte à des aspects régis par les paragraphes 2 à 4 de l'article 2 de l'*Accord OTC*. De ce fait, il peut être utile de rappeler le libellé de ces paragraphes:

---

[808] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 130.
[809] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 130.
[810] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 131.
[811] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 87.
[812] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 280.

> "2.2 Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement. Pour évaluer ces risques, les éléments pertinents à prendre en considération sont, entre autres, les données scientifiques et techniques disponibles, les techniques de transformation connexes ou les utilisations finales prévues pour les produits.
>
> 2.3 Les règlements techniques ne seront pas maintenus si les circonstances ou les objectifs qui ont conduit à leur adoption ont cessé d'exister ou ont changé de telle sorte qu'il est possible d'y répondre d'une manière moins restrictive pour le commerce.
>
> 2.4 Dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux."

7.458 Compte tenu des faits en l'espèce et de l'absence de toutes "normes internationales pertinentes", il n'apparaît pas que le paragraphe 4 présente une quelconque pertinence.[813] Il semble en aller de même pour le paragraphe 3, car il concerne le maintien d'une mesure dans le cas où les circonstances ou les objectifs ont changé, et l'Indonésie se plaint de l'absence alléguée de réponse des États-Unis au sujet d'une mesure qui n'était pas encore entrée en vigueur (les deux premières fois où des questions ont été posées) ou venait juste d'entrer en vigueur (la troisième fois mentionnée par l'Indonésie). C'est pourquoi, au vu des arguments et éléments de preuve présentés par les parties, le seul paragraphe qui pourrait se rapporter à la justification par les États-Unis de l'article 907 a) 1) A) serait le paragraphe 2.

7.459 Nous relevons qu'il apparaît qu'un certain nombre de questions posées par l'Indonésie sont sans lien avec l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Par exemple, la question f) concerne les "produits similaires", qui relèvent de l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. Nous rappelons que l'Indonésie fait valoir dans le document G/TBT/W/323 que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec un certain nombre de dispositions de l'*Accord SPS* et du GATT de 1994. Ainsi les questions posées non seulement ne se rapportent pas exclusivement aux paragraphes 2 à 4 de l'article 2 de l'*Accord OTC*, mais se rapportent à des dispositions d'autres accords visés.

7.460 Considérant le fait que les questions en cause se rapportent à divers aspects régis par des dispositions des accords visés autres que l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, ainsi que l'absence de toute référence à l'article 2.5 de l'*Accord OTC* ou même à une demande de justification de l'article 907 a) 1) A) "au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*", nous concluons que l'Indonésie

[813] En réponse à une question du groupe spécial, les deux parties sont convenues qu'il n'existait pas de "norme internationale" pertinente au sens de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Réponses de l'Indonésie et des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial.

n'a *pas* fait de demande conformément à la première phrase de l'article 2.5 de l'*Accord OTC* par le biais de ses questions reproduites dans le document G/TBT/W/323.

d) Conclusion

7.461 En conséquence, le Groupe spécial constate que l'Indonésie n'a pas demandé aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) "au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*" par le biais de ses questions reproduites dans le document G/TBT/W/323. L'un des éléments indispensables de l'article 2.5 est donc manquant.

7.462 Nous notons qu'en plus d'alléguer que l'Indonésie n'a pas invoqué l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, les États-Unis disent qu'ils se sont conformés à ce même article et qu'ils ont bien communiqué les renseignements demandés. Comme nous constatons que les États-Unis n'étaient pas tenus de fournir la justification visée à l'article 2.5, il n'est pas nécessaire à proprement parler pour le présent Groupe spécial d'examiner si les États-Unis auraient été en conformité si la demande au titre de l'article 2.5 avait bien été faite par l'Indonésie. Cela étant dit, nous notons que les États-Unis ont effectivement fourni une justification[814] concernant la promulgation de l'article 907 a) 1) A) à la réunion du Comité OTC de novembre 2009 en réponse à la demande présentée par l'Indonésie dans le document G/TBT/W/323.

7.463 En conséquence, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'*Accord OTC*.

H. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.8 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.464 L'**Indonésie** allègue que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*. En particulier, elle fait valoir que l'article 2.8 de l'*Accord OTC* prescrit aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements technique[815], et que l'article 907 a) 1) A) "manque de la spécificité prescrite" par l'*Accord OTC*.[816]

7.465 L'Indonésie note que la FSPTCA ne donne aucune définition d'un "arôme caractérisant" aux fins de l'interdiction, et qu'il n'y a aucune autre explication de ce qui constitue un "arôme caractérisant", ni dans la Directive de la FDA ni dans l'avis public de l'application par la FDA de l'article 907 a) 1) A).[817] L'Indonésie observe que de nombreux ingrédients sont utilisés pour donner aux cigarettes leur goût et leur arôme, y compris dans celles qui ne sont pas commercialisées en tant que "cigarettes aromatisées".[818] La FSPTCA ne mentionne aucune norme basée sur les propriétés d'emploi à l'appui de son interdiction et se contente d'utiliser l'expression descriptive générale "arôme caractérisant".[819] L'Indonésie explique qu'il existe un processus reconnu pour déterminer les seuils de détection des arômes (décrit dans la norme "ASTM E679 - 04" "Standard Practice for Determination of Odor and Taste Thresholds By a Forced-Choice Ascending Concentration Series Method of Limits" (Pratique type de détermination des seuils olfactifs et gustatifs par une méthode des limites à choix forcé dans une série ascendante de concentrations), et elle fait valoir qu'une norme basée sur les "propriétés d'emploi" pourrait recourir à cette méthode reconnue pour déterminer le seuil de

[814] Voir la note de bas de page 794.
[815] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.
[816] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 10.
[817] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 135.
[818] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 135.
[819] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 136.

concentration à partir duquel les arômes sont reconnaissables par leur goût et leur odeur, et sont donc "caractérisants".[820] L'Indonésie fait valoir qu'en l'absence d'une norme basée sur les propriétés d'emploi, il est impossible pour les fabricants de connaître le degré d'utilisation à partir duquel un arôme est considéré comme "caractérisant".[821] Puisqu'il existe une norme reconnue basée sur les propriétés d'emploi pour l'évaluation des seuils olfactifs et gustatifs, l'Indonésie juge "approprié" de s'attendre à ce qu'elle soit utilisée.[822]

7.466 Les **États-Unis** notent que l'argument sous-tendant l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* est que l'article 907 a) 1) A) est "vague".[823] Ils estiment que cet argument est "à la fois incorrect et sans rapport avec l'application de l'article 2.8", et soulignent qu'ils "ne comprennent pas en quoi un tel argument est pertinent" pour cette disposition.[824] Du point de vue des États-Unis, l'article 2.8 "n'oblige pas les Membres à établir des prescriptions aussi spécifiques que possible".[825] Les États-Unis font en outre valoir qu'il est "parfaitement spécieux" de la part de l'Indonésie de laisser entendre que ses producteurs ne savaient pas si la mesure interdisait leur produit.[826]

7.467 Les États-Unis ne contestent pas le fait que l'article 907 a) 1) A) est structuré en fonction des caractéristiques "descriptives", et non des "propriétés d'emploi".[827] Ils notent cependant que la charge incombe à l'Indonésie d'établir l'existence d'une infraction à l'article 2.8 et qu'elle n'a pas fourni un seul exemple de la manière dont la mesure pourrait être libellée en fonction des propriétés d'emploi, ni donné une seule raison pour laquelle cela serait "approprié", au sens de l'article 2.8 de l'*Accord OTC*.[828] Selon les États-Unis, la norme citée par l'Indonésie précise quelle concentration d'un additif est nécessaire pour donner à un produit l'arôme caractérisant de cet additif, et ne serait donc pas une norme basée sur les propriétés d'emploi – ce n'est pas une norme concernant la manière dont une cigarette doit exercer ses propriétés d'emploi.[829]

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.468 La principale question dont le Groupe spécial est saisi est celle de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC* en ne définissant pas l'article 907 a) 1) A) en fonction des propriétés d'emploi du produit.

7.469 Les États-Unis ne contestent pas le fait que l'article 907 a) 1) A) est défini en fonction de "[l]a conception ou [des] caractéristiques descriptives", et non des "propriétés d'emploi".[830] Les arguments des parties portent plutôt sur deux autres questions. La première est celle de savoir si, comme le fait valoir l'Indonésie, l'article 2.8 de l'*Accord OTC* impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de

---

[820] Réponse de l'Indonésie à la question n° 64 du Groupe spécial, paragraphe 132; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 149.

[821] Réponse de l'Indonésie à la question n° 65 du Groupe spécial, paragraphe 133; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 172. Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 148.

[822] Réponse de l'Indonésie à la question n° 65 du Groupe spécial, paragraphe 133.

[823] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 99.

[824] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 290.

[825] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 99.

[826] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 93.

[827] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 288.

[828] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 94, 96.

[829] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 97.

[830] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 288 à 290.

spécificité" dans leurs règlements techniques. La seconde est celle de savoir s'il serait "approprié" de définir l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle en fonction de leurs propriétés d'emploi, plutôt que de leur conception ou de leurs caractéristiques descriptives.

7.470 Le Groupe spécial examinera ces questions l'une après l'autre. Auparavant, nous énoncerons le texte de la disposition juridique en cause.

b) Disposition juridique en cause

7.471 L'article 2.8 de l'*Accord OTC* dispose ce qui suit:

> "Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives."

7.472 Bien que ce ne soit pas la première affaire dans laquelle une allégation au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* est formulée, la jurisprudence relative à l'article 2.8 est peu abondante et aucun rapport antérieur de groupe spécial ou de l'Organe d'appel n'examine la question du critère juridique qui devrait être appliqué pour établir l'existence d'une violation de l'article 2.8.[831] En conséquence, le Groupe spécial est de nouveau confronté à des questions sans précédent.

c) Première question: savoir si l'article 2.8 impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques

7.473 En abordant la première des deux questions précitées, il nous apparaît que l'Indonésie interprète la prescription imposant aux Membres de définir leurs règlements techniques en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives comme les obligeant à assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques.[832] Dans sa première communication écrite, l'Indonésie résume son allégation au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* de la manière suivante:

> "En interdisant les cigarettes ayant des "arômes caractérisants", [l'article 907 a) 1) A)] manque de la spécificité prescrite par l'Accord OTC. La plupart, voire la totalité, des cigarettes vendues aux États-Unis contiennent divers ingrédients et arômes qui sont ajoutés au tabac ou au filtre. Pourtant, ni la Loi ni [l'article 907 a) 1) A)] ne donne de définition d'un "arôme caractérisant" ou ne mentionne de norme basée sur les propriétés d'emploi au regard de laquelle différents arômes peuvent être qualifiés de "caractérisants". En tant que tel, [l'article 907 a) 1) A)] est incompatible avec l'article 2.8 de l'Accord OTC puisqu'il interdit des cigarettes seulement sur la base de caractéristiques descriptives."[833]

7.474 Pour traiter cette question, nous commençons par examiner le sens ordinaire des termes de l'article 2.8 de l'*Accord OTC*. Lorsqu'on lit la phrase qui constitue l'article 2.8 de l'*Accord OTC* dans

---

[831] Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Canada a allégué que la mesure en cause dans ce différend était incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*. Le Groupe spécial a constaté que la mesure en cause n'était pas un "règlement technique" et n'a donc pas examiné l'allégation du Canada au titre de l'article 2.8. L'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial et a constaté que la mesure était un "règlement technique", mais il n'a pas été plus loin et n'a pas examiné l'allégation du Canada au titre de l'article 2.8. Le Groupe spécial *CE – Sardines* a incidemment fait référence à l'article 2.8 dans le contexte de l'examen d'une allégation au titre de l'article 2.4 de l'*Accord OTC*. Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.81.

[832] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 10, 134.

[833] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 10.

son ensemble, son sens ordinaire est qu'elle établit une seule obligation conditionnelle (à savoir, "[d]ans tous les cas où cela sera approprié"), qui consiste à définir les règlements techniques "*en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives*", par opposition à une deuxième obligation additionnelle consistant à "définir" ces règlements techniques. Nous estimons que l'on pourrait s'attendre, si les rédacteurs avaient eu l'intention d'établir deux obligations distinctes, à ce que l'article 2.8 ait été libellé de manière très différente, par exemple:

> "Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit, et le feront en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives."

7.475 L'article 2.8 de l'*Accord OTC* aurait aussi pu être scindé en deux phrases pour mettre en évidence les deux obligations distinctes, et être ainsi libellé,

> "Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit. Les Membres feront en outre en sorte que ces règlements techniques soient définis en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives."

7.476 On peut aborder le problème que nous pose la lecture faite par l'Indonésie de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* sous un angle différent, en examinant comment cette disposition serait libellée si le verbe "définir" était remplacé par un autre comme "exposer", "stipuler" ou "formuler". Si nous prenons l'exemple d'"exposer", l'article 2.8 serait alors ainsi libellé:

> "Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres ~~définiront~~ exposeront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception et de ses caractéristiques descriptives."

7.477 Selon la lecture faite par l'Indonésie de l'article 2.8 de l'*Accord OTC*, le remplacement du verbe "définir" par "exposer" obligerait les Membres à "exposer les règlements techniques". De même, si le verbe "définir" était remplacé par son quasi-synonyme "formuler", selon la lecture faite par l'Indonésie de cette phrase, les Membres seraient alors tenus de "formuler les règlements techniques".

7.478 Le Groupe spécial relève que les versions espagnole et française de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* ont toutes deux la même structure de phrase que la version anglaise de cette disposition.[834] En conséquence, les considérations précédentes s'appliquent de la même façon à ces versions du libellé de l'article 2.8.

7.479 Selon nous, le contexte de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* n'étaye pas l'argument de l'Indonésie selon lequel cette disposition impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques. En effet, l'interprétation faite par l'Indonésie de l'article 2.8 aboutirait à

---

[834] Les versions espagnole et anglaise de l'article 2.8 sont libellées comme suit:

"*En todos los casos en que sea procedente, los reglamentos técnicos basados en prescripciones para los productos serán definidos por los Miembros en función de las propiedades de uso y empleo de los productos más bien que en función de su diseño o de sus características descriptivas*."

"Wherever appropriate, Members shall specify technical regulations based on product requirements in terms of performance rather than design or descriptive characteristics."

un étrange résultat compte tenu de la définition d'un "règlement technique" donnée à l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*. Nous rappelons que les obligations énoncées à l'article 2 de l'*Accord OTC* s'appliquent uniquement aux mesures qui répondent à la définition d'un "règlement technique" donnée à l'annexe 1.1 de l'*Accord OTC*. Comme cela a été expliqué plus haut, plusieurs éléments doivent être réunis pour qu'une mesure soit qualifiée de "règlement technique".[835] Parmi ces éléments figure la prescription voulant que la mesure "énonce" les caractéristiques du produit dont le respect est obligatoire. Nous rappelons que l'Organe d'appel a interprété le terme "énoncer" comme signifiant "exposer, stipuler ou prévoir".[836] Un autre élément de la définition est que la mesure "doit être applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable".[837] Nous rappelons également que l'Organe d'appel a expliqué qu'il en était ainsi parce que, "[s]inon, l'application du règlement sera[it] impossible sur le plan pratique".[838]

7.480 En conséquence, nous sommes d'avis qu'avant d'examiner si la mesure est compatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*, il faut d'abord que la partie plaignante démontre, et que le groupe spécial constate, que la mesure en cause "énonce" une ou plusieurs caractéristiques du produit et qu'elle s'applique "à un produit, ou groupe de produits, identifiable". Ainsi, compte tenu de l'architecture de l'*Accord OTC*, nous avons du mal à accepter qu'une mesure dont il a été constaté qu'elle répondait à la définition d'un "règlement technique" visée à l'annexe 1.1 puisse ensuite faire l'objet d'une constatation d'incompatibilité avec l'article 2.8 au motif qu'elle ne satisfait pas à l'obligation alléguée de "définir" les caractéristiques du produit.[839] Selon cette analyse, un groupe spécial devrait commencer par constater qu'une mesure "énonce" (c'est-à-dire, "expos[e], stipul[e] ou prévoi[t]") effectivement les prescriptions relatives "à un produit, ou groupe de produits, identifiable", puis devrait apparemment conclure que la mesure ne fournit pas de précisions ou détails[840] sur ces mêmes points.

7.481 Selon nous, l'objet et le but de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* n'étayent pas la conclusion selon laquelle cette disposition impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques. À cet égard, le Groupe spécial ne voit rien dans l'article 2.8 qui suggère que son but est de faire en sorte qu'"une nette distinction entre le produit interdit et le produit autorisé" soit faite.[841] En revanche, l'objet et le but de l'article 2.8 sont d'empêcher la création d'obstacles non nécessaires au commerce en exigeant que les prescriptions relatives au produit soient énoncées en termes fonctionnels dans tous les cas où cela sera approprié. Par exemple, une directive ISO/CEI explique ce qui suit:

> "Chaque fois que possible, les exigences doivent être exprimées en termes de performance plutôt qu'en termes de conception ou de caractéristiques descriptives. Cette approche laisse le maximum de liberté au progrès technique. Il conviendra au

[835] Voir la section VII.C.
[836] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67.
[837] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70.
[838] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70.
[839] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.
[840] Le sens ordinaire du terme "specify" (définir) est "[s]peak or treat of a matter etc. in detail; give details or particulars" ([p]arler ou traiter d'un sujet etc. en détail; donner des détails ou des précisions). *Shorter Oxford English Dictionary*, 5ème édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (éds.) (Oxford University Press, 2002), Vol. 2, page 2946. Voir aussi l'*Oxford English Dictionary Online*, consulté le 30 avril 2011, selon lequel "specify" (définir) signifie, entre autres, "[t]o speak or make relation of some matter fully or in detail" ([p]arler ou évoquer un certain sujet de manière exhaustive ou en détail); le *Webster's Online Dictionary*, consulté le 30 avril 2011, selon lequel "specify" (définir) signifie, entre autres, "to name or state explicitly or in detail" (nommer ou désigner explicitement ou en détail).
[841] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 172.

> premier chef d'inclure les caractéristiques qui sont susceptibles d'être acceptées à l'échelle mondiale (universellement)."[842]

7.482 Dans le même ordre d'idées, une décision prise par le Comité OTC en 2000 montre que les Membres de l'OMC s'entendent sur ce qui suit:

> "Pour servir les intérêts des Membres de l'OMC en facilitant les échanges internationaux et en évitant les obstacles non nécessaires au commerce, les normes internationales doivent être pertinentes et doivent répondre efficacement aux besoins de la réglementation et du marché, en tenant compte des progrès scientifiques et technologiques réalisés dans différents pays. Elles ne devraient pas fausser le marché mondial, ni avoir un effet préjudiciable sur la concurrence loyale ou entraver l'innovation et le progrès technologique. Elles ne devraient pas non plus privilégier les caractéristiques ou les exigences de certains pays ou de certaines régions quand il existe des besoins ou des intérêts différents dans d'autres pays ou régions. Lorsque cela est possible, les normes internationales devraient être définies en fonction des propriétés d'emploi des produits plutôt qu'en fonction de leur conception ou de leurs caractéristiques descriptives."[843]

7.483 Enfin, nous observons que l'Indonésie n'a présenté au Groupe spécial aucun argument juridique à l'appui de son interprétation de l'article 2.8. À une question du Groupe spécial, qui lui demandait d'expliquer le fondement juridique de son point de vue selon lequel l'article 2.8 de l'*Accord OTC* imposait aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité"[844] dans leurs règlements techniques, l'Indonésie a fourni une réponse qui pourrait même être interprétée comme étant la reconnaissance de ce que l'article 2.8 ne contient *aucune* prescription de cette sorte. Dans sa réponse, l'Indonésie renvoie le Groupe spécial à la définition d'un "règlement technique" donnée à l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*, puis explique ce qui suit:

> "[U]ne mesure qui est un règlement technique expose les caractéristiques des produits qu'elle règlemente et *ipso facto* assure un certain niveau de spécificité. L'article 2.8 se contente de prescrire, dans tous les cas où cela est approprié, la forme sous laquelle les caractéristiques du produit doivent être décrites, entre autres, "en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives"."[845]

7.484 Nous concluons donc que l'article 2.8 de l'*Accord OTC* n'impose pas aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité"[846] dans leurs règlements techniques. Il s'ensuit donc que le "niveau de spécificité" exprimé dans l'article 907 a) 1) A) n'est pas pertinent pour la question de savoir si cette mesure est compatible avec l'article 2.8. En conséquence, nous n'avons pas à examiner si la FSPTCA donne une définition d'un "arôme caractérisant" aux fins de l'interdiction et/ou si la FDA a fourni une autre indication sur ce qui constitue un "arôme caractérisant".[847] Dans la mesure où l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.8 repose sur l'argument selon lequel l'article 907 a) 1) A) "manque de

---

[842] Directives ISO/CEI, Partie 2: Règles de structure et de rédaction des Normes internationales, cinquième édition, 2004, disponible en ligne à l'adresse suivante: http://www.iso.org/iso/fr/standards_development/processes_and_procedures/drafting_standards.htm.

[843] G/TBT/9, Comité des obstacles techniques au commerce, Deuxième examen triennal du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, 13 novembre 2000, Annexe 4, paragraphe 10.

[844] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.

[845] Réponse de l'Indonésie à la question n° 66 du Groupe spécial, paragraphe 136 (souligné dans l'original).

[846] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.

[847] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 135.

la spécificité prescrite"[848], le Groupe spécial conclut donc que l'allégation et l'argument de l'Indonésie sont infondés.

d) Seconde question: savoir s'il serait "approprié" de définir l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives

7.485 Le Groupe spécial en vient maintenant à la seconde grande question faisant l'objet du différend, qui est de savoir s'il serait "approprié" de définir l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de "sa conception ou de ses caractéristiques descriptives". Nous rappelons que l'article 2.8 de l'*Accord OTC* établit l'obligation conditionnelle de définir les règlements techniques en fonction des "propriétés d'emploi du produit", plutôt que "de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives". La condition à laquelle l'obligation est soumise est formulée au début de cette phrase au moyen de l'expression "[d]ans tous les cas où cela sera approprié …". Le Groupe spécial commencera par exposer son interprétation de l'expression "dans tous les cas où cela sera approprié" dans le contexte de l'article 2.8. Il examinera ensuite la question de savoir si l'Indonésie a démontré qu'il serait "approprié" de définir le règlement technique en cause en fonction des "propriétés d'emploi".

7.486 Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence relative à l'expression "[d]ans tous les cas où cela sera approprié" dans le contexte de l'article 2.8 de l'*Accord OTC,* le Groupe spécial est conscient que le terme "approprié" figure dans de nombreuses autres dispositions des Accords de l'OMC et qu'il existe une jurisprudence importante et largement cohérente concernant le sens ordinaire de ce terme.[849] Les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont appuyés sur les définitions usuelles des dictionnaires pour donner au terme "approprié" son sens ordinaire. Par exemple, le Groupe spécial chargé de l'affaire *Mexique – Télécommunications* a fait observer ce qui suit:

> "Selon le sens général que lui donnent les dictionnaires, le terme "approprié" signifie "specially suitable, proper" (particulièrement indiqué, adéquat). Cela veut dire que des "mesures appropriées" sont des mesures qui sont indiquées pour atteindre le but visé."[850]

7.487 De même, le Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie* a estimé ce qui suit:

> "Le sens ordinaire du terme "appropriate" (approprié) renvoie à quelque chose qui est "especially suitable or fitting" (particulièrement indiqué ou convenable). Le terme "suitable" (indiqué), à son tour, est défini comme signifiant "fitted for or appropriate to a purpose, occasion …" (convenant à ou approprié à un but, une occasion …) ou "adapted to a use or purpose"(adapté à un usage ou un but). Le terme "fitting" (convenable) est défini comme signifiant "of a kind appropriate to the situation" (d'un genre approprié à la situation). … L'expression est compatible avec l'intention de ne pas préjuger ce que les circonstances pourraient être dans le contexte d'une affaire

[848] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 10.

[849] Le terme "approprié" a été interprété dans un certain nombre de rapports de groupes spéciaux antérieurs, y compris, mais pas seulement, les suivants: rapport du Groupe spécial, *Mexique – Télécommunications*, paragraphes 7.265, 7.367 et 7.368; rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphes 7.240 et 7.241; rapport du Groupe spécial *Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille*, paragraphes 7.191 et 7.365; rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.116; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tôles en acier*, paragraphe 7.72; rapport du Groupe spécial *Australie – Saumons*, paragraphes 8.57 et 8.71.

[850] Rapport du Groupe spécial *Mexique – Télécommunications*, paragraphe 7.265 (citant *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3ème édition, (Clarendon Press, 1990), page 94).

> donnée. Il est nécessaire que le caractère approprié soit jugé cas par cas... Il y a un élément de flexibilité, en ce qu'il n'y a pas de facteurs, indices, niveaux ou prescriptions rigides prédéterminés."[851]

7.488 Plus récemment, dans l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, l'Organe d'appel s'est appuyé sur les mêmes définitions des dictionnaires pour l'interprétation de l'expression "montants … appropriés" figurant à l'article 19.3 de l'*Accord SMC*:

> "Commençant par l'expression "montants … appropriés", nous notons que les définitions pertinentes données par les dictionnaires du mot "appropriate" (approprié) incluent les termes "proper", (adéquat) "fitting" (qui convient) et "specially suitable (*for, to*)" (spécialement indiqué (*pour, en vue de*))".[852] Ces définitions donnent à penser que ce qui est "approprié" n'est pas un critère autonome ou absolu, mais plutôt quelque chose qui doit être évalué par référence ou par rapport à quelque chose d'autre."[853]

7.489 Nous tenons également à mentionner que, dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a estimé comme le Groupe spécial que le terme "inapproprié" dans le contexte de l'article 2.4[854] de l'*Accord OTC* "s'entend[ait] de quelque chose qui n'[était] pas "spécialement adéquat", "correct" ou "adapté" et que la question du caractère approprié se rapport[ait] davantage à la nature du moyen employé".[855]

7.490 En ce qui concerne la charge de la preuve, nous estimons que, lorsqu'une allégation au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* est formulée, c'est à la partie plaignante qu'incombe la charge de démontrer qu'il serait "approprié" (c'est-à-dire, "adéquat", "convenable" et "indiqué") de définir un règlement technique particulier en fonction des "propriétés d'emploi" du produit plutôt qu'en fonction de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives. Cette approche est compatible avec les principes généraux qui régissent la charge de la preuve dans la procédure de règlement des différends de l'OMC.[856] Elle est également compatible avec l'analyse faite par l'Organe d'appel de l'expression "sauf lorsque … inappropriés", dans le contexte de l'obligation énoncée à l'article 2.4 de l'*Accord OTC*, dans l'affaire *CE – Sardines*.[857] Nous ne considérons pas que l'Indonésie suggère le contraire.[858]

---

[851] Rapport du Groupe spécial CE – Accessoires de tuyauterie, paragraphe 7.240 (citant le Webster's New Encyclopaedic Dictionary (1994) et The New Shorter Oxford English Dictionary (1993).

[852] *(note de bas de page de l'original) Shorter Oxford English Dictionary*, 6ème édition, A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), Vol. 1, page 106.

[853] Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine), paragraphe 552.

[854] L'article 2.4 de l'*Accord OTC* est libellé comme suit:

> "Dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, *sauf lorsque* ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou *inappropriés* pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux." (pas d'italique dans l'original)

[855] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 285.

[856] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16.

[857] Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a constaté que la charge incombait à la partie plaignante de démontrer que la "norme internationale" en question était un moyen "approprié" de réaliser les objectifs légitimes recherchés par le Membre défendeur. Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 269 à 282.

7.491 Compte tenu de ce qui précède, nous estimons que la question pertinente dont nous sommes saisis est celle de savoir si l'Indonésie a démontré qu'il serait "adéquat", "convenable" et "indiqué" de formuler le règlement technique figurant dans l'article 907 a) 1) A) en fonction des propriétés d'emploi.

7.492 L'Indonésie s'efforce de s'acquitter de la charge qui lui incombe en affirmant qu'il existe un processus reconnu pour déterminer les seuils de détection des arômes, qui est décrit dans la norme "ASTM E679 - 04" Pratique type de détermination des seuils olfactifs et gustatifs par une méthode des limites à choix forcé dans une série ascendante de concentrations.[859] L'Indonésie fait valoir qu'une norme basée sur les "propriétés d'emploi" pourrait recourir à cette méthode reconnue pour déterminer le seuil de concentration à partir duquel les arômes sont reconnaissables par leur goût et leur odeur, et sont donc "caractérisants".[860]

7.493 Le Groupe spécial partage l'avis des États-Unis selon lequel la norme citée par l'Indonésie ne démontre pas que le règlement technique exposé à l'article 907 a) 1) A) pourrait être libellé en fonction des "propriétés d'emploi", encore moins qu'il serait "approprié" qu'il en soit ainsi.[861] Si on laisse de côté la question de savoir si la norme citée pourrait être appliquée aux cigarettes[862], elle vise simplement à fournir un moyen particulier de déterminer les niveaux d'arôme. Nous partageons l'avis des États-Unis selon lequel un exemple de prescription relative aux propriétés d'emploi serait un règlement technique applicable aux chaises, par exemple, qui prescrit que celles-ci doivent supporter une personne d'au moins 130 kilogrammes, au lieu d'être défini en fonction des composants de la chaise (c'est-à-dire, si celle-ci est en bois, que le bois doit être d'une certaine épaisseur et les clous d'une certaine longueur). Nous partageons aussi l'avis des États-Unis selon lequel, l'utilisation de la norme citée fournirait simplement un moyen particulier de déterminer si cette norme est respectée, plutôt que de transformer la norme basée sur la "conception" ou les caractéristiques "descriptives" qui figure à l'article 907 a) 1) A) en une norme basée sur les "propriétés d'emploi". Nous partageons en outre l'avis des États-Unis selon lequel le fait de fournir un moyen de déterminer à quel moment la norme figurant dans la mesure énoncée en fonction des caractéristiques descriptives est respectée ne signifie pas qu'il est possible de formuler la prescription de manière fondamentalement différente en fonction des propriétés d'emploi, ni n'explique pourquoi il serait "approprié" de le faire. La norme que l'Indonésie cite ne serait pas une norme basée sur les "propriétés d'emploi" au sens de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* – en bref, ce n'est pas une norme concernant la manière dont une cigarette doit exercer ses propriétés d'emploi (c'est-à-dire sa fonction[863]).

Bien que les obligations énoncées dans l'article 2.8 et l'article 2.4 de l'*Accord OTC* soient clairement différentes l'une de l'autre, elles ont toutes deux un élément commun, à savoir qu'elles sont soumises à une condition quasi identique: l'obligation énoncée à l'article 2.8 est conditionnée par l'expression "[d]ans tous les cas où cela sera approprié", et l'obligation énoncée à l'article 2.4 est conditionnée par l'expression "sauf lorsque ... inappropriés". Ces expressions sont interchangeables, la seule différence étant que la première est formulée sous une forme affirmative et la seconde sous une forme négative. Il serait ainsi possible de remplacer la proposition introductive de l'article 2.8 par l'expression "[s]auf lorsque cela sera inapproprié, …" sans changer le sens de l'obligation énoncée dans cette disposition.

[858] Dans sa réponse à la question n° 4 du Groupe spécial, l'Indonésie convient qu'elle assume la charge de la preuve à l'égard de toutes ses allégations au titre de l'*Accord OTC*, y compris son allégation au titre de l'article 2.8.

[859] http://www.astm.org/Standards/E679.htm (pièce IND-70).

[860] Réponse de l'Indonésie à la question n° 64 du Groupe spécial, paragraphe 132; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 149.

[861] Réponse des États-Unis à la question n° 111 du Groupe spécial, paragraphes 113 à 116.

[862] Réponse des États-Unis à la question n° 111 du Groupe spécial, paragraphe 114; observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 111 du Groupe spécial, paragraphe 72.

[863] Le Groupe spécial note que les versions espagnole et française de l'article 2.8 emploient les expressions "*en función de las propiedades de uso y empleo de los productos*" et "*en fonction des propriétés d'emploi du produit*".

7.494 Le Groupe spécial prend note de la précision apportée par l'Indonésie, selon laquelle:

> "... ne propose pas simplement de déterminer si la norme figurant à [l'article 907 a) 1) A)] a été respectée, comme les États-Unis l'allèguent .... L'Indonésie suggère que le gouvernement des États-Unis pourrait exiger que les cigarettiers utilisent la méthode de détermination décrite dans la norme ASTM E679 pour identifier le seuil spécifique à partir duquel un arôme donné utilisé dans une cigarette devient reconnaissable dans une cigarette et, par conséquent, "caractérisant". Par exemple, si la vanille était identifiable dans le goût ou le parfum de la fumée de cigarette à un niveau de "X", alors [l'article 907 a) 1) A)] interdirait les cigarettes contenant de la vanille à des niveaux supérieurs à "X". Cela serait entièrement compatible avec la définition d'une "prescription relative aux propriétés d'emploi" énoncée par les États-Unis … car cela indiquerait clairement aux fabricants comment une cigarette doit exercer ses propriétés d'emploi pour ce qui est de l'arôme pour être autorisée sur le marché des États-Unis."[864]

7.495 Toutefois, selon le Groupe spécial, cette réponse réitère simplement l'argument de l'Indonésie selon lequel l'article 2.8 de l'*Accord OTC* impose aux Membres d'assurer "un certain niveau de spécificité" dans leurs règlements techniques[865], et selon lequel l'article 907 a) 1) A) "manque de la spécificité prescrite" par l'*Accord OTC*.[866] Pour les raisons qui ont déjà été exposées plus haut, le Groupe spécial ne souscrit pas à cette interprétation de l'article 2.8.

7.496 Nous relevons en outre que, dans la mesure où l'Indonésie fait valoir i) qu'il existe une norme internationale pertinente (à savoir la norme ASTM E679 - 04 "Pratique type de détermination des seuils olfactifs et gustatifs par une méthode des limites à choix forcé dans une série ascendante de concentrations") et ii) que les États-Unis auraient dû utiliser cette norme internationale pertinente comme base pour leur règlement technique, il apparaît que son argument se rapporte en fait à l'article 2.4 de l'*Accord OTC*.[867] De ce fait, l'allégation et l'argument de l'Indonésie au titre de l'article 2.8 de l'*Accord OTC* semblent une fois encore infondés. En formulant cette observation, nous n'exprimons évidemment aucune opinion sur le point de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière compatible avec l'article 2.4 étant donné que l'Indonésie n'a formulé aucune allégation à ce sujet.

7.497 Pour ces raisons, le Groupe spécial conclut que l'Indonésie n'a pas démontré qu'il serait "approprié" de formuler le règlement technique figurant à l'article 907 a) 1) A) en fonction des "propriétés d'emploi".

e) Conclusion

7.498 Pour ces raisons, le Groupe spécial constate que l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*.

---

[864] Observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 111 du Groupe spécial, paragraphe 73.

[865] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 134.

[866] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 10.

[867] L'article 2.4 de l'*Accord OTC* est libellé comme suit:

> "Dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou ces éléments seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, par exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux."

I. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.10 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.499 L'**Indonésie** allègue que, si les États-Unis estimaient qu'il y avait une raison pour ne pas suivre les procédures énoncées à l'article 2.9, ils ont agi en violation de l'article 2.10 de l'*Accord OTC* puisqu'ils n'ont pas notifié au Secrétariat la mesure et la nature urgente du problème allégué.[868] L'Indonésie fait valoir que les États-Unis reconnaissent qu'aucune des circonstances urgentes énumérées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* n'avait entouré l'adoption de l'article 907 a) 1) A).[869]

7.500 Les **États-Unis** n'ont présenté aucun argument pour contester l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.10 de l'*Accord OTC*. Répondant à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont confirmé qu'ils n'avaient pas notifié l'article 907 a) 1) A) au Secrétariat de l'OMC conformément à l'article 2.10.1 de l'*Accord OTC*.[870]

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.501 Comme nous l'avons expliqué plus haut à la section VII.B, nous croyons comprendre que l'Indonésie n'allègue l'existence d'une violation de l'article 2.10 de l'*Accord OTC* que dans le cas où les États-Unis invoqueraient cette disposition comme moyen de défense concernant la violation alléguée de l'article 2.9 de l'*Accord OTC*.[871] À ce que nous croyons comprendre, les États-Unis ne l'ont pas fait.

7.502 Nous notons que les obligations énoncées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* ne s'appliquent que lorsqu'un Membre a *omis* les démarches énumérées à l'article 2.9 de l'*Accord OTC* parce que "des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se pos[aient] ou menaç[aient] de se poser". À notre avis, le fait que l'article 2.10 de l'*Accord OTC* ne s'applique que lorsqu'un Membre s'écarte des obligations générales établies à l'article 2.9 de l'*Accord OTC* implique que ces deux dispositions ont des portées distinctes et séparées. En fait, nous ne voyons aucune situation dans laquelle les actions d'un Membre de l'OMC relèveraient des deux obligations en même temps. Soit le Membre en question suit les prescriptions générales de l'article 2.9 de l'*Accord OTC*, soit il décide d'omettre ces prescriptions du fait de l'un des "problèmes urgents" énumérés à l'article 2.10 de l'*Accord OTC*.

7.503 Vu le mandat qui est le nôtre de procéder à une évaluation objective de la question dont nous sommes saisis conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord et l'incidence que des constatations au titre de l'article 2.10 de l'*Accord OTC* auraient sur l'applicabilité des obligations pertinentes énoncées à l'article 2.9 dudit accord, nous examinerons si les conditions d'urgence décrites à l'article 2.10 existent dans le présent différend. Si nous constatons que tel n'est pas le cas, nous examinerons alors les allégations formulées par l'Indonésie au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

b) Disposition juridique en cause

7.504 L'article 2.10 de l'*Accord OTC* est libellé comme suit:

---

[868] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.
[869] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151.
[870] Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 150.
[871] WT/DS406/2, page 2; première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.

> "Sous réserve des dispositions de la partie introductive du paragraphe 9, si des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se posent ou menacent de se poser à un Membre, celui-ci pourra, selon qu'il le jugera nécessaire, omettre telle ou telle des démarches énumérées au paragraphe 9, à condition qu'au moment où il adoptera un règlement technique:
>
> 2.10.1 il notifie immédiatement aux autre Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, le règlement technique en question et les produits visés, en indiquant brièvement l'objectif et la raison d'être du règlement technique, y compris la nature des problèmes urgents;
>
> 2.10.2 il fournisse, sur demande, aux autres Membres le texte du règlement technique;
>
> 2.10.3 il ménage, sans discrimination, aux autres Membres, la possibilité de présenter leurs observations par écrit, discute de ces observations si demande lui en est faite, et tienne compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions."

7.505 L'article 2.10 de l'*Accord OTC* autorise donc les Membres de l'OMC à omettre les prescriptions imposées par l'article 2.9 de l'*Accord OTC* concernant des règlements techniques projetés lorsque certains problèmes urgents se posent ou menacent de se poser. Nous croyons comprendre que l'allégation de l'Indonésie se limite au non-respect allégué de la prescription en matière de notification prévue à l'article 2.10.1 de l'*Accord OTC* et ne porte pas sur les autres obligations énoncées à l'article 2.10.2 et 2.10.3 de l'*Accord OTC*.[872]

7.506 Une question liminaire à examiner pour établir que l'obligation de notification imposée par l'article 2.10.1 de l'*Accord OTC* s'applique est donc celle de savoir si des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se posaient ou menaçaient de se poser s'agissant de l'adoption de l'article 907 a) 1) A). L'Indonésie allègue que les États-Unis ont reconnu qu'aucune des circonstances urgentes énumérées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* n'avait entouré l'adoption de l'article 907 a) 1) A).[873] Nous relevons toutefois que les États-Unis n'ont rien dit à cet égard et que, répondant à une question du Groupe spécial, ils ont simplement confirmé ne pas avoir notifié l'article 907 a) 1) A) aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, conformément à l'article 2.10.1 de l'*Accord OTC*.[874]

c) Conclusion

7.507 En l'absence d'éléments de preuve ou d'arguments indiquant que de tels problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se posaient ou menaçaient de se poser au moment de l'adoption de l'article 907 a) 1) A), nous ne pouvons que conclure que ces circonstances urgentes n'existaient pas et que, par conséquent, l'article 2.10 de l'*Accord OTC* ne serait pas applicable au présent différend. Le Groupe spécial s'abstient donc d'examiner plus avant l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.10 de l'*Accord OTC* et va à présent examiner les allégations de l'Indonésie au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

---

[872] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 142.
[873] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151.
[874] Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 150.

J. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.9.2 ET 2.9.3 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.508 L'**Indonésie** allègue que les États-Unis ne se sont pas acquittés des obligations qui leur incombaient au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*.[875] Elle fait valoir qu'avant d'adopter l'article 907 a) 1) A), les États-Unis étaient tenus de suivre les procédures exposées à l'article 2.9 de l'*Accord OTC*.[876] Elle considère que ces procédures devaient être suivies parce que: i) il n'existe pas de normes internationales pertinentes pour les aromatisants utilisés dans les cigarettes; et ii) l'article 907 a) 1) A) a un effet notable sur le commerce de l'Indonésie.[877]

7.509 Dans son interprétation de l'expression "effet notable sur le commerce" figurant à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*, l'Indonésie se fonde sur une recommandation adoptée par le Comité OTC concernant cette disposition. Cette recommandation établit que les Membres devraient prendre en considération des facteurs tels que "la valeur des importations ou l'importance qu'elles présentent à d'autres titres pour les Membres importateurs et/ou exportateurs concernés, qu'il s'agisse d'autres ou des autres Membres considérés individuellement ou collectivement, le potentiel de croissance de ces importations et les difficultés que le respect des règlements techniques projetés implique pour les producteurs des autres Membres".[878] L'Indonésie note que la recommandation adoptée par le Comité OTC dispose également que "[l]a notion d'effet notable sur le commerce d'autres Membres devrait englober les effets d'accroissement et de réduction des importations sur les échanges commerciaux d'autres Membres tant que ces effets restent notables".[879]

7.510 L'Indonésie estime que comme la quasi-totalité des cigarettes aux clous de girofle vendues aux États-Unis étaient importées d'Indonésie, les États-Unis étaient tout à fait conscients de l'effet notable que l'article 907 a) 1) A) pouvait avoir sur le commerce de l'Indonésie.[880] Elle fait valoir que les États-Unis étaient donc obligés de suivre les procédures énoncées à l'article 2.9 avant d'adopter l'article 907 a) 1) A)[881] et, en particulier, les obligations énoncées à l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*.[882]

7.511 L'Indonésie fait observer que, selon la recommandation du Comité OTC, une notification au titre de l'article 2.9.2 "devrait être faite au moment où il existe un projet contenant le texte complet d'un règlement technique ou des procédures d'évaluation de la conformité et où il est encore possible de faire des propositions de modification qui puissent être prises en compte".[883] L'Indonésie allègue que les États-Unis n'ont pas adressé de notification au Comité OTC concernant les produits visés par l'article 907 a) 1) A) pendant la période où il était possible de faire des propositions de modification de la FSPTCA ou du règlement d'application (c'est-à-dire soit après la présentation de la FSPTCA au

[875] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140.
[876] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 139.
[877] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 139.
[878] Réponse de l'Indonésie à la question n° 69 du Groupe spécial, faisant référence aux Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce depuis le 1er janvier 1995, G/TBT/1/Rev.9, 8 septembre 2008, page 16.
[879] Réponse de l'Indonésie à la question n° 69 du Groupe spécial, faisant référence aux Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce depuis le 1er janvier 1995, G/TBT/1/Rev.9, 8 septembre 2008, page 17.
[880] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 139.
[881] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 139.
[882] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140.
[883] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140, faisant référence aux Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce depuis le 1er janvier 1995, G/TBT/1/Rev.8, 23 mai 2002, page 16.

Congrès des États-Unis et avant son adoption par celui-ci, soit au moment où la FDA avait publié sa demande d'observations concernant la mise en œuvre de la FSPTCA[884]).[885]

7.512 En ce qui concerne l'article 2.9.3, l'Indonésie allègue que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de cette disposition en ne répondant pas à ses questions concernant des aspects particuliers de l'article 907 a) 1) A).[886]

7.513 Selon les **États-Unis**, l'expression "effet notable sur le commerce" figurant à l'article 2.9 de l'*Accord OTC* n'exige pas que le volume du commerce affecté soit important pour que l'article 2.9 doive s'appliquer. Au lieu de cela, les États-Unis soutiennent que l'expression "effet notable" englobe tous les effets sur le commerce qui ne sont pas *de minimis*.[887]

7.514 En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis expliquent qu'ils n'ont pas notifié l'article 907 a) 1) A) au Secrétariat de l'OMC conformément à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*.[888]

7.515 Les États-Unis soutiennent toutefois que tous les renseignements pertinents concernant l'article 907 a) 1) A) ont toujours été accessibles au public et que l'Indonésie a en fait apporté une contribution durant le processus législatif.[889]

7.516 Les États-Unis font par ailleurs valoir qu'ils sont l'un des premiers à défendre la transparence parmi les Membres de l'OMC. Ils font observer qu'ils ont notifié 589 mesures au Comité OTC depuis la création de l'Organisation (80 mesures durant la seule année 2010). En revanche, selon les États-Unis, il apparaît que l'Indonésie n'a notifié au total que 46 mesures, dont seulement 14 en 2010. Enfin, d'après les États-Unis, l'Indonésie n'a pas, ces derniers temps, notifié au Comité OTC un certain nombre de mesures qu'elle a mises en œuvre.[890]

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.517 La question dont le Groupe spécial est saisi est celle de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*[891], et en particulier: i) si les États-Unis n'ont pas notifié les produits visés par le projet d'article 907 a) 1) A), ainsi que son objectif et sa raison d'être, comme le prescrit l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*; et ii) si les États-Unis n'ont pas fourni de détails sur le projet d'article 907 a) 1) A) ou le texte de ce projet, conformément à l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

7.518 Nous relevons que, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Indonésie a formulé des allégations au titre de l'article 2.9.1, 2.9.2, 2.9.3 et 2.9.4 de l'*Accord OTC*, mais qu'ultérieurement, elle n'a présenté des arguments et éléments de preuve qu'au sujet de ses allégations au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3. Nous croyons par conséquent comprendre que l'Indonésie a décidé

[884] Pièce IND-42.
[885] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140.
[886] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140. Les questions de l'Indonésie ont été distribuées aux Membres de l'OMC dans le document G/TBT/W/323.
[887] Réponse des États-Unis à la question n° 69 du Groupe spécial.
[888] Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial.
[889] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 294.
[890] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 295.
[891] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140.

de ne pas maintenir ses allégations au titre de l'article 2.9.1 et 2.9.4 de l'*Accord OTC* et nous ne les examinerons donc pas.[892]

7.519 Nous avons décidé d'examiner les deux allégations dans la même section du présent rapport, en suivant la structure de l'argumentation présentée par les parties et celle de la disposition elle-même.

b) Dispositions juridiques en cause

7.520 L'article 2.9 de l'*Accord OTC* est libellé comme suit:

> "Chaque fois qu'il n'existera pas de normes internationales pertinentes, ou que la teneur technique d'un règlement technique projeté ne sera pas conforme à celle des normes internationales pertinentes, et si le règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, les Membres:
>
> 2.9.1 …
>
> 2.9.2 notifieront aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seront visés par le règlement technique projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être. Ces notifications seront faites assez tôt, lorsque des modifications pourront encore être apportées et que les observations pourront encore être prises en compte;
>
> 2.9.3 fourniront, sur demande, aux autres Membres des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet et, chaque fois que cela sera possible, identifieront les éléments qui diffèrent en substance des normes internationales pertinentes;
>
> 2.9.4 …"

7.521 Nous notons que, conformément à son paragraphe introductif, l'article 2.9 ne s'appliquerait que lorsque: i) il n'existe pas de normes internationales pertinentes ou que la teneur technique d'un règlement technique projeté n'est pas conforme à celle des normes internationales pertinentes; et lorsque ii) un règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres.

c) Conditions d'application de l'article 2.9 de l'*Accord OTC*

7.522 En conséquence, avant d'entreprendre une analyse de la question de savoir si les États-Unis ne se sont pas acquittés des obligations pertinentes énoncées à l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*, nous examinerons si les conditions d'application des obligations définies dans ces dispositions sont présentes en l'espèce. Nous examinerons tout d'abord s'il existe une norme internationale pertinente sur les aromatisants utilisés dans les cigarettes et, dans l'affirmative, si l'article 907 a) 1) A) respecte la teneur technique de cette norme internationale. Nous examinerons ensuite si l'article 907 a) 1) A)

[892] Nous relevons que le Groupe spécial *Inde – Droits d'importation additionnels* a constaté que les États-Unis avaient abandonné leur allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, qui figurait dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, parce qu'ils n'avaient fait aucune référence, explicitement ou implicitement, à cette allégation dans leurs communications. Rapport du Groupe spécial *Inde – Droits d'importation additionnels*, paragraphes 7.402 à 7.405. Voir aussi les constatations du Groupe spécial dans l'affaire *Égypte – Barres d'armature en acier*, où il a été constaté que la Turquie avait abandonné son allégation au titre de l'article X:3 du GATT de 1994, qui figurait également dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, mais au sujet de laquelle elle n'avait présenté d'argumentation dans aucune de ses communications. Rapport du Groupe spécial *Égypte – Barres d'armature en acier*, paragraphe 7.30.

peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres et, en particulier, sur le commerce de l'Indonésie.

i) Première condition: absence de norme internationale pertinente ou non-conformité d'un règlement technique projeté avec une norme internationale pertinente

7.523 Comme nous l'avons expliqué plus haut, la première condition pour l'application des obligations énoncées à l'article 2.9 est soit l'absence de norme internationale pertinente, soit, si une telle norme existe, la non-conformité de la teneur technique d'un règlement technique projeté avec celle de cette norme internationale pertinente.

7.524 L'Indonésie estime qu'il n'existe pas de normes internationales pertinentes pour les aromatisants utilisés dans les cigarettes. En réponse à une question du Groupe spécial, elle précise que les normes existantes établies par l'Organisation internationale de normalisation ("ISO") pour les cigarettes ne font pas de distinction entre les arômes des cigarettes.[893] Les États-Unis reconnaissent qu'il n'existe pas de normes internationales pertinentes applicables en l'espèce.[894]

7.525 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la première condition énoncée à l'article 2.9 de l'*Accord OTC* pour l'application des obligations qui y figurent est remplie.

ii) Deuxième condition: question de savoir si le règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres

7.526 La deuxième condition imposée par l'article 2.9 de l'*Accord OTC* est le fait que le règlement technique "peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres".

7.527 À cet égard, l'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) a eu un effet notable sur son commerce avec les États-Unis puisque 6 millions d'Indonésiens environ dépendent directement ou indirectement de la production de cigarettes et de la culture du tabac.[895] Elle fait observer en outre qu'en 2008, ses exportations de cigarettes aux clous de girofle se sont chiffrées à 15 millions de dollars EU environ.[896]

7.528 Les États-Unis n'ont pas contesté le fait que l'article 907 a) 1) A) avait un impact notable sur le commerce de l'Indonésie.

7.529 Nous notons que le libellé de cette deuxième condition régissant l'applicabilité de l'article 2.9 est que le règlement technique "*peut* avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres", par opposition à "aura un effet notable" ou "a un effet notable". Le terme "may" (peut) est utilisé pour exprimer une possibilité, par opposition à une certitude.[897] Nous interprétons donc ce libellé comme signifiant que l'article 2.9 de l'*Accord OTC* n'impose pas de prouver l'existence d'effets réels sur le

---

[893] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 132 (pièce IND-40); réponse de l'Indonésie à la question n° 59 du Groupe spécial.

[894] Réponse des États-Unis à la question n° 59 du Groupe spécial.

[895] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 129; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond, paragraphe 4; réponse de l'Indonésie à la question n° 69 du Groupe spécial.

[896] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 29 et 40.

[897] Oxford English Dictionary Online, consulté le 30 avril 2011. Voir aussi le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5ème édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), vol. I, page 1725, qui définit le terme "may" (pouvoir) comme signifiant, entre autres choses, "have the possibility, opportunity, or suitable conditions to; be likely to" (avoir la possibilité, l'occasion ou être en mesure de; être probable); le *Webster's Online Dictionary*, consulté le 30 avril 2011, qui définit le terme "may" (pouvoir) comme signifiant, entre autres choses, "used to indicate possibility or probability" (utilisé pour indiquer la possibilité ou la probabilité).

commerce. Au lieu de cela, cette condition recouvre les situations dans lesquelles un règlement technique *peut* avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres.

7.530 Nous relevons par ailleurs que l'article 2.9 de *l'Accord OTC* fait référence à un effet "notable". Le terme "significant" (notable) signifie "sufficiently great or important to be worthy of attention; noteworthy" (suffisamment grand ou important pour mériter l'attention; digne d'être noté).[898] Nous estimons donc, comme les États-Unis, qu'un "effet notable" englobe tous les effets sur le commerce qui ne sont pas *de minimis*.[899] À cet égard, nous relevons que l'Indonésie a présenté au présent Groupe spécial des éléments de preuve qui montrent que l'effet de l'article 907 a) 1) A) sur son commerce de cigarettes aux clous de girofle avec les États-Unis est substantiel et digne d'être noté. En particulier, les données fournies par l'Indonésie montrent que la majeure partie des cigarettes aux clous de girofle importées aux États-Unis viennent d'Indonésie.[900] L'Indonésie a également montré que la valeur de ces importations s'élevait à environ 15 millions de dollars EU en 2008.[901] Nous notons également que l'Indonésie a fait valoir qu'elle exportait des cigarettes aux clous de girofle vers les États-Unis depuis plus de 40 ans.[902]

7.531 Comme l'article 907 a) 1) A) interdit l'importation de cigarettes aux clous de girofle aux États-Unis, nous ne pouvons que conclure que l'impact de l'article 907 a) 1) A) sur le commerce de l'Indonésie est notable au sens de l'article 2.9 de l'*Accord OTC*. Par conséquent, nous constatons que la deuxième condition pour l'application des obligations énoncées à l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC* est également remplie.

7.532 Nous examinons à présent les allégations formulées par l'Indonésie au titre de l'article 2.9.2 et 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

d) Article 2.9.2: Obligation de notifier le règlement technique projeté

7.533 Nous rappelons que l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* oblige les Membres à notifier aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, les produits qui seront visés par le règlement technique projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être. Ces notifications doivent être faites assez tôt, lorsque des modifications peuvent encore être apportées et que les observations peuvent encore être prises en compte.

7.534 L'obligation énoncée à l'article 2.9.2 a été décrite par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE - Amiante* comme imposant "d'identifier les produits visés par un règlement technique".[903]

---

[898] Oxford English Dictionary Online, consulté le 30 avril 2011. Voir aussi le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5ème édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), vol. II, page 2835, qui définit le terme "significant" (notable) comme signifiant, entre autres choses "[i]mportant, notable; consequential" (important, digne d'être noté; lourd de conséquences); le *Webster's Online Dictionary*, consulté le 30 avril 2011, qui définit le terme "significant" (notable) comme signifiant, entre autres choses "of a noticeably or measurably large amount" (en quantité visiblement ou sensiblement importante).

[899] Réponse des États-Unis à la question n° 69 du Groupe spécial.

[900] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 18 et 139; réponse de l'Indonésie à la question n° 48 du Groupe spécial; première communication écrite des États-Unis, paragraphe 35.

[901] Pièces IND-68 et IND-102; pièces US-100 et US-134.

[902] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 5.

[903] Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté ce qui suit:

> "Un "règlement technique" doit, bien entendu, être applicable à un produit, ou groupe de produits, *identifiable*. Sinon, l'application du règlement sera impossible sur le plan pratique. Cette considération sous-tend aussi l'obligation formelle, énoncée à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*, qui incombe aux Membres de notifier aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, "les *produits qui seront visés*" par un "règlement technique" projeté. (pas d'italique dans l'original) Manifestement, le respect de cette obligation impose d'identifier les produits visés par un règlement technique. …"

7.535 Nous notons que l'article 2.9.2, contrairement à l'article 2.9.3, ne lie pas l'obligation de notification à la présentation d'une demande par un Membre.

7.536 Nous notons également que l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* s'applique aux "proposed technical regulation". De la même façon, la version française de l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* utilise les termes "le règlement technique *projeté*" et la version espagnole les termes "el reglamento técnico *en proyecto*". "To propose" peut être défini comme "to put forward [a technical regulation] for consideration by others" (soumettre [un règlement technique] pour examen par d'autres).[904] L'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* s'applique donc à ce que nous appellerions des instruments juridiques relevant de la définition d'un règlement technique qui seraient encore à l'état de "projet", c'est-à-dire qui n'auraient pas encore été adoptés ou ne seraient pas encore en vigueur. Le libellé de la deuxième phrase de l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* confirme cette conclusion car il indique que la notification doit être faite "assez tôt lorsque des modifications pourront encore être apportées et que les observations pourront encore être prises en compte". Par conséquent, puisque la disposition prévoit la possibilité d'apporter des modifications et de prendre en compte les observations, le règlement technique en cause ne peut pas être promulgué ou adopté avant que la notification ne soit faite. À notre avis, l'article 2.9.2 (tout comme l'article 5.6.2 pour les procédures d'évaluation de la conformité) est l'élément central des dispositions en matière de transparence de l'*Accord OTC*: le but même de la notification est de donner la possibilité de formuler des observations avant que la mesure projetée n'entre en vigueur, avant qu'"il ne soit trop tard" pour apporter des modifications.

7.537 Nous trouvons d'autres indications et éléments à l'appui de notre interprétation dans une recommandation élaborée par le Comité OTC concernant le moment où devraient se faire les notifications:

> "Pour la mise en œuvre des dispositions des articles 2.9.2, 3.2 (en relation avec l'article 2.9.2), 5.6.2 et 7.2 (en relation avec l'article 5.6.2), une notification devrait être faite au moment où il existe un projet contenant le texte complet d'un règlement technique ou des procédures d'évaluation de la conformité et où il est encore possible de faire des propositions de modification qui puissent être prises en compte."[905]

7.538 Nous allons donc examiner si le États-Unis ont notifié les produits visés par l'article 907 a) 1) A), ainsi que son objectif et sa raison d'être, assez tôt, c'est-à-dire lorsqu'il était à l'état de projet, avant son adoption, lorsque des modifications pouvaient encore être apportées et que les observations pouvaient encore être prises en compte.

7.539 Comme nous l'avons expliqué plus haut, l'Indonésie allègue que les États-Unis ne lui ont pas notifié, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, les produits visés par l'article 907 a) 1) A). À l'appui de son allégation, l'Indonésie attire l'attention du Groupe spécial sur "[l]e système de gestion des renseignements OTC, base de données consultable contenant toutes les notifications relatives à l'Accord OTC, [qui] montre qu'à la date de [la première] communication [écrite de l'Indonésie], les États-Unis n'avaient communiqué aucune notification concernant [l'article 907 a) 1) A)]".[906, 907]

Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70.

[904] *Oxford English Dictionary Online*, consulté le 30 avril 2011. Voir aussi le *Shorter Oxford English Dictionary*, 5ème édition, W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), vol. II, page 2371, qui définit le terme "proposed" comme signifiant, entre autres choses, "put forward for consideration or action" (soumis pour examen ou action); le *Webster's Online Dictionary*, consulté le 30 avril 2011, qui définit le terme "proposed" comme signifiant, entre autres choses, "to set forth for acceptance or rejection" (présenter à des fins d'approbation ou de rejet).

[905] G/TBT/1/Rev.9, page 17.

[906] La première communication écrite de l'Indonésie est datée du 20 octobre 2010.

[907] Première communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 160.

7.540 Les États-Unis n'ont pas réfuté l'affirmation de l'Indonésie. Au contraire, en réponse à une question du Groupe spécial, ils reconnaissent ne pas avoir notifié l'article 907 a) 1) A) par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC.[908] Comme moyen de défense, ils font valoir que tous les renseignements pertinents ont toujours été accessibles au public, que l'Indonésie a en fait apporté une contribution durant le processus législatif[909] et que les États-Unis sont "l'un des premiers à défendre la transparence parmi les Membres de l'OMC".[910]

7.541 À notre avis, quel que soit le bien-fondé des arguments des États-Unis, l'obligation énoncée à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC* est simple: les Membres de l'OMC doivent notifier assez tôt aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, les produits visés par leur règlement technique projeté, ainsi que son objectif et sa raison d'être. Les États-Unis ne l'ont pas fait en ce qui concerne l'article 907 a) 1) A).

7.542 Par conséquent, vu qu'ils n'ont pas notifié aux Membres de l'OMC, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seraient visés par l'article 907 a) 1) A) projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être, et ce assez tôt, c'est-à-dire lorsqu'il était encore possible d'apporter des modifications et de prendre en compte les observations, le Groupe spécial constate que les États-Unis ne se sont pas acquittés des obligations leur incombant au titre de l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*.

e) Article 2.9.3: Obligation de fournir des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet

7.543 Nous rappelons que l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC* impose aux Membres, sur demande d'un autre Membre, de fournir des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet. Cette disposition exige également que, chaque fois que cela est possible, le Membre élaborant le règlement identifie les éléments qui diffèrent en substance des normes internationales pertinentes. Cette dernière obligation n'aurait aucune incidence dans la présente affaire puisque, comme nous l'avons expliqué plus haut[911], il n'existe pas de norme internationale pertinente pour les aromatisants des cigarettes.

7.544 L'Indonésie allègue que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC* en ne répondant pas aux questions qu'elle leur avait posées en vue d'obtenir des explications concernant des aspects particuliers de l'article 907 a) 1) A) et qui étaient reproduites dans le document G/TBT/W/323.[912] Les États-Unis ne répondent pas directement à l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*.[913]

7.545 Nous notons que, contrairement à l'obligation énoncée à l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*, l'obligation de fournir des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet imposée par l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC* ne s'applique que lorsqu'un Membre en fait la demande. Toutefois, comme pour l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*, cette obligation se limite aux "règlements techniques

[908] Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial.
[909] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 294; pièce US-81.
[910] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 295.
[911] Voir les paragraphes 7.523 à 7.525.
[912] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 140. Les questions de l'Indonésie ont été distribuées aux Membres de l'OMC dans le document G/TBT/W/323 du 20 août 2009.
[913] Les États-Unis abordent l'argument de l'Indonésie concernant leur absence de réponse aux questions du document G/TBT/W/323 dans le contexte de l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*. Dans ce contexte, les États-Unis font valoir qu'ils ont eu de nombreux échanges de vues avec l'Indonésie sur la question. En particulier, les États-Unis mettent en avant des discussions bilatérales tenues avec l'Indonésie le 27 août 2009 à Genève, un entretien entre le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, M. Ronald Kirk, et un représentant de l'Indonésie, lors d'une réunion ministérielle de l'OMC en Inde et les délibérations ayant eu lieu pendant la réunion de novembre 2009 du Comité OTC. Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 280.

projetés", c'est-à-dire des règlements techniques qui sont encore à l'état de projet et pour lesquels, comme nous l'avons expliqué plus haut, des modifications peuvent donc encore être apportées et les observations peuvent encore être prises en compte.

7.546 Par conséquent, pour que les États-Unis aient eu l'obligation, au titre de l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*, de fournir à l'Indonésie des détails sur l'article 907 a) 1) A) ou le texte de cet article, il aurait fallu que l'Indonésie en fasse la demande aux États-Unis alors que l'article 907 a) 1) A) était encore à l'état de projet.

7.547 Comme nous l'avons expliqué, l'Indonésie allègue que sa demande au titre de l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC* était intégrée dans les questions posées aux États-Unis par l'intermédiaire du Comité OTC et figurant dans le document G/TBT/W/323. Nous notons que la communication de l'Indonésie était datée du 17 août 2009[914], c'est-à-dire près de deux mois après la promulgation de l'article 907 a) 1) A), le 20 juin 2009. Les questions posées par l'Indonésie aux États-Unis dans le document G/TBT/W/323 ne pouvaient donc *pas* se rapporter à un règlement technique "projeté", mais elles portaient plutôt sur un règlement technique qui avait déjà été promulgué. Par conséquent, même si les questions posées par l'Indonésie dans le document G/TBT/W/323 devaient être considérées comme une demande de détails au sens de l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*, ces questions ne concernaient pas un règlement technique projeté.

7.548 Nous notons que l'Indonésie n'a pas présenté au présent Groupe spécial d'autres éléments de preuve qui pourraient prouver qu'elle avait demandé aux États-Unis de fournir des détails sur l'article 907 a) 1) A) ou le texte de cet article lorsqu'il était encore à l'état de projet.

7.549 Par conséquent, nous constatons que, du fait qu'elle n'a pas démontré qu'elle avait demandé aux États-Unis de fournir des détails sur l'article 907 a) 1) A) ou le texte de cet article alors qu'il était encore à l'état de projet, l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

f) Conclusion

7.550 Les États-Unis n'ayant pas notifié aux Membres de l'OMC, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seraient visés par l'article 907 a) 1) A) projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être, et ce assez tôt, c'est-à-dire lorsqu'il était encore possible d'apporter des modifications et de prendre en compte les observations, le Groupe spécial constate que les États-Unis ne se sont pas acquittés des obligations leur incombant au titre de l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*.

7.551 En outre, pour les raisons exposées plus haut, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*.

K. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.12 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.552 L'**Indonésie** allègue qu'en ne ménageant pas un délai raisonnable d'au moins six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), les États-Unis ont manqué à leurs obligations au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.[915] Elle est d'avis que le droit énoncé à

[914] Nous notons que les questions de l'Indonésie ont été distribuées aux Membres de l'OMC dans le document G/TBT/W/323 du 20 août 2009.

[915] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.

l'article 2.12 de l'*Accord OTC* devrait être appliqué, en particulier, en faveur des pays en développement.[916]

7.553 Dans sa première communication, l'Indonésie fait référence à une décision du Comité OTC selon laquelle l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC* "sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés".[917] Plus tard, l'Indonésie explique que le Comité OTC a pris acte de la Décision ministérielle de Doha du 14 novembre 2001 concernant les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre ("la Décision ministérielle de Doha")[918], et a établi que le "délai raisonnable" était d'au moins six mois.[919] L'Indonésie fait valoir que cette interprétation du délai raisonnable est juridiquement contraignante pour les Membres, puisque la Décision ministérielle en question est une décision interprétative au titre de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.[920] L'Indonésie note que la FSPTCA a été signée le 22 juin 2009 et que l'article 907 a) 1) A) est entré en vigueur 90 jours plus tard. Elle estime que ce délai de 90 jours est inférieur à la règle du "délai raisonnable" de six mois recommandé par le Comité OTC.[921]

7.554 Selon l'Indonésie, la règle du "délai raisonnable" énoncée à l'article 2.12 de l'*Accord OTC* est spécifiquement conçu pour ménager aux producteurs d'autres Membres et, en particulier, à ceux des pays en développement comme l'Indonésie, suffisamment de temps pour s'adapter aux nouveaux règlements techniques adoptés par d'autres Membres. L'Indonésie soutient que les États-Unis n'ont pas respecté cette règle.[922]

7.555 Selon l'Indonésie, les États-Unis n'ont pas prouvé que le délai plus court appliqué était justifié au regard de l'une des circonstances d'urgence précisées à l'article 2.10 de l'*Accord OTC* ou que le délai raisonnable de six mois n'aurait pas permis d'atteindre les objectifs de la mesure.[923]

7.556 Les **États-Unis** affirment que l'Indonésie n'a pas montré qu'ils avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12.[924] Pour eux, l'argument de l'Indonésie selon lequel le délai de 90 jours ménagé par les États-Unis n'était pas raisonnable au titre de l'article 2.12 est erroné.[925] S'agissant du recours de l'Indonésie à une décision du Comité OTC, les États-Unis soutiennent que les décisions du Comité OTC ne font pas partie des accords visés et n'entraînent pas d'obligations impératives pour les Membres.[926] Ils reconnaissent que la décision du Comité OTC mentionnée par l'Indonésie constitue un contexte pertinent.

---

[916] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 176.

[917] Comité OTC, Décisions et recommandations adoptées par le Comité depuis le 1er janvier 1995, G/TBT/1/Rev.8, 23 mai 2002, page 32. Nous notons que l'Indonésie a fait référence à l'ancienne version d'une récapitulation des décisions et recommandations du Comité OTC. La version actualisée est le document G/TBT/1/Rev.9, page 21.

[918] Décision ministérielle de Doha du 14 novembre 2001 concernant les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre, WT/MIN(01)/17, paragraphe 5.2.

[919] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151; réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphes 18, 25, 29.

[920] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151; réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphes 18, 30.

[921] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.

[922] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.

[923] Réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 25.

[924] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 304.

[925] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 296.

[926] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 298 et 299; réponse des États-Unis à la question n° 7 du Groupe spécial, paragraphes 6, 8.

7.557 En réponse au recours de l'Indonésie à la Décision ministérielle de Doha, les États-Unis font valoir qu'il ne s'agit pas d'une interprétation de l'*Accord sur l'OMC* au sens de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.[927] Selon eux, la Décision ministérielle de Doha peut, tout au plus, être considérée comme un "moyen complémentaire d'interprétation" au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne.[928] Les États-Unis font donc valoir que la Décision ministérielle de Doha ne peut pas être considérée comme une interprétation contraignante de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.[929]

7.558 Selon les États-Unis, étant donné que ni la décision du Comité OTC ni la Décision ministérielle de Doha ne lient l'ensemble des Membres de l'OMC, et étant donné le caractère conditionnel de leur libellé, la détermination sur le point de savoir si un délai particulier est "raisonnable" doit être faite par un groupe spécial au cas par cas. Les États-Unis étayent leur conclusion par la définition du terme "reasonable" (raisonnable) donnée dans un dictionnaire, qui est "in accordance with reason; not irrational or absurd" (conforme à la raison; non irrationnel ou absurde).[930] Ainsi, pour déterminer si un délai particulier est raisonnable, le Groupe spécial doit évaluer si le délai ménagé est conforme à la raison ou s'il est irrationnel ou absurde, détermination qui dépend de l'ensemble des faits et circonstances entourant la promulgation de la mesure.[931]

7.559 Selon les États-Unis, l'Indonésie n'a pas démontré pourquoi, dans le cas d'espèce, le "délai raisonnable" ne devrait pas être inférieur à six mois. Pour eux, l'Indonésie n'explique pas pourquoi le fait de retarder la date d'entrée en vigueur de six mois serait compatible avec les objectifs de la mesure.[932] À cet égard, les États-Unis rappellent que le libellé de la Décision ministérielle de Doha prévoit que le "délai raisonnable" ne sera pas, dans des circonstances normales, inférieur à six mois. Pour eux, cela signifie que le "délai raisonnable" peut être inférieur à six mois.[933]

7.560 Les États-Unis font par ailleurs valoir que l'Indonésie n'a fourni aucun élément de preuve indiquant que la différence entre un délai de 90 jours et un délai de six mois avait une incidence quelconque sur la capacité des producteurs indonésiens d'"adapter leurs produits ou méthodes de production aux exigences du Membre importateur". Selon les États-Unis, les producteurs indonésiens étaient et sont en mesure de commercialiser des cigarettes aromatisées au tabac et des cigarettes aromatisées au menthol sur le marché des États-Unis. Pour autant, à la connaissance des États-Unis, les producteurs indonésiens, même 16 mois après la promulgation de la FSPTCA, n'ont pas adapté leurs lignes de produits pour produire des cigarettes aromatisées au tabac ou au menthol. Ainsi, selon les États-Unis, il apparaît que la question de savoir s'ils ont attendu trois mois ou six mois après la promulgation de la mesure pour en autoriser l'entrée en vigueur n'a en aucune façon affecté les producteurs indonésiens.[934]

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.561 Nous rappelons que la FSPTCA a été promulguée aux États-Unis le 22 juin 2009. La mesure en cause dans le présent différend, l'article 907 a) 1) A), est entrée en vigueur trois mois après la date

[927] Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.
[928] Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 3; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 103.
[929] Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.
[930] *New Oxford English Dictionary*, vol. 2, page 2496 (1993) (pièce US-82); réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 4.
[931] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 301.
[932] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 302; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 102 et 104.
[933] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 104.
[934] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 303.

de promulgation de la FSPTCA. La question dont le Groupe spécial est saisi est par conséquent celle de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* en ménageant un délai de trois mois entre la promulgation de la FSPTCA et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A). En particulier, la principale question est de savoir si, comme l'Indonésie l'allègue, l'article 2.12 de l'*Accord OTC* obligeait les États-Unis à ménager une délai *minimal* de *six mois* entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A).

7.562 Comme pour d'autres dispositions examinées dans le présent différend, nous sommes confrontés à une question sans précédent puisque aucun rapport antérieur de l'Organe d'appel ou de groupe spécial, n'a interprété l'article 2.12 de l'*Accord OTC.* Nous commencerons donc par examiner la disposition juridique en cause pour déterminer le critère juridique applicable.

b) Disposition juridique en cause

7.563 L'article 2.12 de l'*Accord OTC* est libellé comme suit:

> "Sauf dans les circonstances d'urgence visées au paragraphe 10, les Membres ménageront un délai raisonnable entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur, afin de laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur."

7.564 Nous notons que cette disposition commence par exclure du champ de l'obligation de ménager un délai raisonnable les "circonstances d'urgence visées au paragraphe 10". Nous croyons savoir que cela signifie que l'obligation de ménager un délai raisonnable entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur ne s'appliquerait pas si "des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se pos[aient] ou mena[çaient] de se poser".[935]

7.565 Nous rappelons qu'en réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis ont confirmé qu'ils n'avaient pas notifié l'article 907 a) 1) A) au Secrétariat de l'OMC conformément à l'article 2.10.1 de l'*Accord OTC*.[936] Comme nous l'avons indiqué dans nos constatations concernant l'allégation de violation de l'article 2.10 de l'*Accord OTC* formulée par l'Indonésie, le Groupe spécial estime que les circonstances d'urgence prévues dans cette disposition n'existaient pas en l'espèce. Partant, l'obligation énoncée à l'article 2.12 de l'*Accord OTC* s'applique au présent différend et les États-Unis étaient ainsi tenus de ménager un délai raisonnable entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A).

7.566 En conséquence, sauf dans les circonstances d'urgence décrites ci-dessus, l'article 2.12 oblige ("shall" dans la version anglaise) les Membres à ménager un "délai raisonnable" entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur. L'article 2.12 explique aussi la raison pour laquelle un tel délai est nécessaire: "laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur".

7.567 Nous examinerons donc si le délai ménagé par les États-Unis entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) était "raisonnable" au sens de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. Nous notons qu'à cet égard, les deux parties conviennent qu'aux fins de l'article 2.12, la date de "publication" de l'article 907 a) 1) A) est le 22 juin 2009 (à savoir la date à laquelle la FSPTCA est

[935] Article 2.10 de l'*Accord OTC*.
[936] Réponse des États-Unis à la question n° 71 du Groupe spécial, paragraphe 150.

devenue une loi) et que la date d'"entrée en vigueur" est le 22 septembre 2009 (à savoir la date à laquelle l'article 907 a) 1) A) a pris effet).[937] Les deux parties ont indiqué que le délai effectif ménagé par les États-Unis était un délai de 90 jours ou de trois mois.[938] Il est donc demandé au Groupe spécial de décider si le délai de 90 jours ou de trois mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) constitue un délai raisonnable au sens de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

7.568 Concernant l'interprétation de l'expression "délai raisonnable", l'Indonésie a appelé l'attention du Groupe spécial sur une décision prise par le Comité OTC[939] à sa réunion du 15 mars 2002, qui prend acte du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha.[940] Ce paragraphe dispose ce qui suit:

> "Sous réserve des conditions énoncées au paragraphe 12 de l'article 2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce, l'expression "délai raisonnable" sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés."

7.569 Nous notons que les parties ne sont pas d'accord sur la valeur interprétative de la Décision ministérielle de Doha. L'Indonésie fait valoir que l'interprétation du délai raisonnable donnée dans la Décision ministérielle de Doha est juridiquement contraignante pour les Membres de l'OMC du fait que la Décision ministérielle est une décision interprétative au titre de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*.[941]

7.570 Les États-Unis, au contraire, sont d'avis que la Décision ministérielle de Doha ne constitue pas une interprétation au sens de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* car elle n'est pas censée énoncer une interprétation de l'*Accord sur l'OMC*.[942] Selon les États-Unis, rien dans le texte de la Décision ministérielle de Doha ne fait référence à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, ni n'indique que les procédures prévues dans cette disposition pour l'adoption de ces interprétations ont été suivies.[943] Selon les États-Unis, la Décision ministérielle de Doha peut, tout au plus, être considérée comme un "moyen complémentaire d'interprétation" au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne.[944]

7.571 Nous notons que l'*Accord sur l'OMC* est catégorique s'agissant de savoir qui a le pouvoir d'établir des interprétations faisant autorité et, donc, contraignantes des dispositions des accords visés. En effet, l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* dispose ce qui suit:

---

[937] En réponse à la question n° 72 du Groupe spécial, les États-Unis ont expliqué ce qui suit:
"Le Congrès des États-Unis a adopté la Loi sur le contrôle du tabac le 11 juin 2009. Le Président a promulgué la Loi en tant que loi des États-Unis le 22 juin 2009. La Loi, telle que promulguée par le Président, a été rendue publique (publiée sur le site Web du gouvernement des États-Unis consacré à la législation) le 22 juin 2009. C'est le 22 septembre 2009 que l'article 907 a) 1) A) a pris effet."

[938] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145; réponse de l'Indonésie aux questions du Groupe spécial n° 2, paragraphe 7, et n° 3, paragraphe 10; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151; première communication écrite des États-Unis, paragraphes 296, 298 et 302.

[939] Voir la note de bas de page 917 ci-dessus.

[940] Voir la note de bas de page 918 ci-dessus.

[941] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151; réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphes 18 et 30.

[942] Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.

[943] Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.

[944] Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 3; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 103.

> "La Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux. ... La décision d'adopter une interprétation sera prise à une majorité des trois quarts des Membres …"

7.572 Par conséquent, la Conférence ministérielle (et le Conseil général) a le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations des accords visés.[945] La Décision ministérielle de Doha en cause a de fait été adoptée par consensus par la Conférence ministérielle.[946]

7.573 Nous notons que le premier considérant du préambule de la Décision ministérielle de Doha indique que la Conférence ministérielle avait statué sur les questions abordées dans la Décision "eu égard", entre autres choses, à l'article IX de l'*Accord sur l'OMC*. Nous observons que la Décision ne précise pas le paragraphe de l'article IX eu égard auquel la Conférence ministérielle a statué, mais fait généralement référence à cette disposition dans son ensemble. Nous notons néanmoins que, parmi les divers paragraphes de l'article IX de l'*Accord sur l'OMC, seul* le paragraphe 2 fait référence à l'interprétation.

7.574 Toutefois, les États-Unis font valoir que la Décision ministérielle de Doha ne constitue pas une interprétation faisant autorité de l'article IX:2 car les prescriptions procédurales qui y sont décrites n'ont pas été suivies. Comme le font remarquer les États-Unis, l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* prévoit une prescription préliminaire qui s'applique relativement aux Accords de l'OMC incorporés à l'Annexe 1 (y compris l'*Accord OTC*). Spécifiquement, lorsqu'elle adoptera une interprétation faisant autorité en vertu de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, la Conférence ministérielle (et le Conseil général) agira "en se fondant sur une recommandation du Conseil qui supervise le fonctionnement dudit accord". À ce propos, comme le suggèrent les États-Unis, il apparaît que lorsqu'elle a adopté la Décision ministérielle de Doha, la Conférence ministérielle n'a pas satisfait à la prescription préliminaire prévue à l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*; autrement dit, aucune recommandation n'avait été émise à titre préliminaire par le Conseil du commerce des marchandises ou le Comité OTC.[947] L'Indonésie ne partage pas ce point de vue et souligne que la Décision ministérielle de Doha a été adoptée en réponse aux problèmes soulevés par les pays en développement concernant la mise en œuvre des Accords de l'OMC.[948] l'Indonésie soutient donc que, au regard du paragraphe 12 de la Déclaration ministérielle de Doha[949] et du préambule de la Décision ministérielle de Doha, il est évident que l'interprétation a été établie sur la base de discussions menées au sein du Conseil général et des organes subsidiaires de l'OMC.[950]

7.575 On pourrait faire valoir que l'absence de cette prescription formelle est insuffisante pour conclure que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha ne constitue pas une interprétation faisant autorité en vertu de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* puisque tous les Membres de l'OMC réunis en Conférence ministérielle sont convenus d'une interprétation d'une disposition des Accords de l'OMC. Nous notons que le but de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC* est de permettre aux Membres de préciser le sens des dispositions de l'OMC. À notre avis, le

---

[945] Nous notons que dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, l'Organe d'appel a précisé que l'adoption par l'ORD d'un rapport de groupe spécial n'équivalait pas à une interprétation définitive du GATT de 1994. Selon l'Organe d'appel, ce point de vue est confirmé par le fait que l'*Accord sur l'OMC* prévoit à l'article IX:2 un "pouvoir exclusif" d'adopter des interprétations contraignantes des obligations contractées dans le cadre de l'OMC, pouvoir qui "n'est conféré nulle part ailleurs de façon implicite ou fortuite". Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 16; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 21 et 22.

[946] La Conférence ministérielle de Doha s'est tenue du 9 au 14 novembre 2001.

[947] Réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 5.

[948] Réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 27.

[949] Déclaration ministérielle de Doha du 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, paragraphe 12.

[950] Réponse de l'Indonésie à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 27.

paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha remplit ce but puisqu'il donne une interprétation de certains termes figurant dans les règles de l'OMC, en particulier de l'expression "délai raisonnable" figurant à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*. Ce point de vue est renforcé par les termes mêmes du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha qui donne une interprétation de l'expression "délai raisonnable" à l'aide du membre de phrase "sera interprétée comme signifiant ...". Il apparaît que l'utilisation du terme "sera", et non pas, par exemple, des termes "devrait" ou "pourra", donne à penser que la Conférence ministérielle, soit l'organe de plus haut niveau de l'OMC réunissant tous les Membres, entendait que le paragraphe 5.2 soit contraignant.[951]

7.576 Bien que les parties ne s'entendent pas sur le fait de considérer le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha comme une interprétation faisant autorité en vertu de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*, le présent Groupe spécial estime qu'il doit être guidé par ce paragraphe pour son interprétation de l'expression "délai raisonnable", puis qu'il a été adopté par tous les Membres de l'OMC réunis en Conférence ministérielle, l'organe de rang le plus élevé de l'OMC. De plus, le Groupe spécial est d'avis que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha pourrait être considéré comme un accord ultérieur des parties, au sens de l'article 31(3) a) de la Convention de Vienne[952], sur l'interprétation du "délai raisonnable" visé à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.[953]

---

[951] Nous notons que le Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II* a constaté qu'"une déclaration n'[avait] pas le caractère contraignant d'une décision", étant une simple "déclaration" et non une "décision" des Ministres. Selon ce Groupe spécial, la simple reconnaissance de la nécessité d'une action, comme dans une décision ministérielle, ne rend pas cette action obligatoire, alors que "[d]ans une décision ministérielle, par contre, les Ministres "décident" qu'une certaine action sera engagée". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphe 6.17. Dans l'affaire *États-Unis – FSC*, l'Organe d'appel a expliqué que les "décisions" prises dans le cadre du GATT au sens de l'article XVI:1 de l'*Accord sur l'OMC* "guid[aient]" l'OMC. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 115.

[952] L'article 31 3) a) de la Convention de Vienne est ainsi libellé: "3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte: *a*) [d]e tout accord ultérieur intervenu entre les Parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions …". Dans l'affaire *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, l'Organe d'appel a fait référence aux commentaires de la Commission du droit international (la "CDI") sur les projets d'articles concernant le droit des traités, qui décrivent un accord ultérieur comme étant un "autre élément authentique d'interprétation dont il faut tenir compte en même temps que du contexte". L'Organe d'appel a conclu qu'en faisant référence à une "interprétation authentique", "la CDI interprét[ait] l'article 31(3) a) [de la Convention de Vienne] comme visant les accords influant spécifiquement sur l'interprétation d'un traité". Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, Genève, 4 mai au 19 juillet 1966" (1966) II *Annuaire de la Commission du droit international* 172, page 241, paragraphe 14; rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III (article 21:5 – Équateur II)/CE – Bananes III (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 390.

[953] Nous notons que les États-Unis ont présenté l'argument selon lequel la Décision ministérielle de Doha pourrait, tout au plus, être considérée comme un "moyen complémentaire d'interprétation" au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne (réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphe 3; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 103). L'article 32 de la Convention de Vienne est ainsi libellé:

> "Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:
>
> a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
>
> b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable."

Nous notons que l'article 32 de la Convention de Vienne autorise l'interprète d'un traité à faire appel à des moyens complémentaires d'interprétation si, après que l'article 31 de la Convention de Vienne a été appliqué, le sens du terme considéré reste ambigu ou obscur, ou le résultat obtenu est manifestement absurde ou déraisonnable. Nous observons que, au cas où la Décision ministérielle de Doha ne pourrait pas équivaloir à un accord ultérieur, *quod non*, nous pourrions encore l'utiliser pour confirmer notre interprétation du concept de

7.577 Nous nous penchons par conséquent sur le texte du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha lui-même pour déterminer s'il pourrait aider le présent Groupe spécial dans sa tâche consistant à décider si le délai de trois mois ménagé par les États-Unis entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) constitue un délai raisonnable dans le cadre de l'article 2.12.

7.578 Nous rappelons que le paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha dispose que "l'expression "délai raisonnable" sera interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés". Le Groupe spécial observe que le délai pas inférieur à six mois est assorti d'une condition exprimée par le terme "normalement" dont il apparaît donc qu'il limite l'obligation aux cas qui existent "under normal or usual conditions; as a rule" (dans des conditions normales ou habituelles; en règle générale).[954]

7.579 Les États-Unis font valoir que, puisque l'obligation est assortie d'une condition exprimée par le terme "normalement", il n'est pas attendu d'un Membre qu'il ménage un délai de six mois dans tous les cas, en particulier lorsque le fait de retarder l'entrée en vigueur compromettrait la capacité de la mesure d'atteindre l'objectif légitime considéré.[955] Ils soutiennent en outre que étant donné que la Décision ministérielle de Doha ne lie pas l'ensemble des Membres de l'OMC et étant donné le caractère conditionnel de son libellé, la détermination sur le point de savoir si un délai particulier est "raisonnable" doit être faite par un groupe spécial au cas par cas.[956] Les États-Unis étayent en outre leur conclusion par la définition du terme "reasonable" (raisonnable) donnée dans un dictionnaire, qui est "in accordance with reason; not irrational or absurd" (conforme à la raison; non irrationnel ou absurde).[957] Ils font valoir qu'ainsi, pour déterminer si un délai particulier est raisonnable, le Groupe spécial doit évaluer si le délai ménagé est conforme à la raison ou s'il est irrationnel ou absurde, détermination qui dépend de l'ensemble des faits et circonstances entourant la promulgation de la mesure.[958]

7.580 Nous convenons que l'inclusion du terme "normalement" avant la définition de la durée de six mois du délai raisonnable conditionne la durée de ce délai. Le Groupe spécial a examiné si le terme "normalement" pouvait être interprété comme signifiant "dans tout cas autre que des circonstances d'urgence" et a conclu que, sur le plan de l'analyse textuelle, cela ne pouvait pas être le cas. Ainsi qu'il est expliqué plus haut, la première phrase de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* dispose déjà qu'elle s'applique "[s]auf dans les circonstances d'urgence visées au paragraphe 10". En conséquence, si nous devions interpréter le terme "normalement" figurant au paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha comme signifiant "sauf dans des circonstances d'urgence", nous donnerions effectivement une lecture qui exclut cette dernière expression de la première phrase du texte de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, ou qui exclut le terme "normalement" du texte du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha. Nous sommes donc d'avis que la ligne directrice concernant les six mois ne s'applique pas indistinctement à tous les cas non urgents et qu'il peut exister des cas non urgents où il serait raisonnable d'appliquer un délai plus court alors que dans d'autres cas, ce délai devrait être supérieur à six mois.

7.581 Nous pensons aussi comme les États-Unis qu'un examen de la question de savoir si un délai aux fins de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* est raisonnable doit être effectué au cas par cas. Nous

---

délai raisonnable visé à l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, ou même pour déterminer le sens de ce concept si le terme restait ambigu ou obscur.

[954] *Oxford English Dictionary Online*, consulté le 25 mai 2011.
[955] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 300.
[956] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 301.
[957] *New Oxford English Dictionary*, vol. 2, page 2496 (1993) (pièce US-82).
[958] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 301.

devons donc examiner les circonstances de l'adoption de l'article 907 a) 1) A) pour décider si l'obligation de ménager un "délai raisonnable" entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) prévue à l'article 2.12 de l'*Accord OTC* a été respectée par les États-Unis. En particulier, nous examinerons si, compte tenu des circonstances de la présente affaire, le délai de trois mois ménagé par les États-Unis entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) était suffisant pour constituer un délai raisonnable au sens de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, ou si les États-Unis auraient dû ménager au moins six mois entre les deux événements. Toutefois, pour les raisons déjà expliquées plus haut, bien que notre examen doive être éclairé par les faits et circonstances spécifiques de la présente affaire, nous serons guidés par la règle générale énoncée dans la Décision ministérielle de Doha.

7.582 Le texte de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* nous donne quelques indications sur ce qui doit être examiné dans un cas particulier. En effet, l'article 2.12 de l'*Accord OTC* explique que la raison pour laquelle un délai est ménagé entre la publication et l'entrée en vigueur d'un règlement technique est de laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur. Par conséquent, le Groupe spécial peut examiner si le délai de trois mois ménagé par les États-Unis entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) a laissé aux producteurs indonésiens le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur.

7.583 Les États-Unis font valoir que l'Indonésie n'a fourni aucun élément de preuve indiquant que la différence entre un délai de trois mois et un délai de six mois avait une incidence quelconque sur la capacité des producteurs indonésiens d'"adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur". Selon les États-Unis, les producteurs indonésiens étaient et sont en mesure de commercialiser des cigarettes aromatisées au tabac et des cigarettes aromatisées au menthol sur le marché des États-Unis. Pour autant, à la connaissance des États-Unis, les producteurs indonésiens, même 16 mois après la promulgation de la FSPTCA, n'ont pas adapté leurs lignes de production pour produire des cigarettes aromatisées au tabac ou au menthol. Les États-Unis font donc valoir qu'il apparaît que la question de savoir s'ils ont attendu trois mois ou six mois après la promulgation de la mesure pour en autoriser l'entrée en vigueur n'a en aucune façon affecté les producteurs indonésiens.[959]

7.584 En examinant si l'Indonésie a eu suffisamment de temps pour se préparer à l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, le Groupe spécial note que l'Indonésie a participé au processus législatif des États-Unis qui a conduit à l'adoption de l'article 907 a) 1) A) et savait donc que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était proche. À cet égard, l'Indonésie nous dit qu'elle a fait part de ses préoccupation à la Maison blanche et au Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ("USTR") à de nombreuses reprises.[960] Par exemple, le 15 mai 2009, au cours de réunions bilatérales au niveau ministériel tenues à Washington D.C., l'Indonésie a informé l'USTR de ses préoccupations concernant la discrimination à l'encontre des cigarettes aux clous de girofle établie dans la loi. Lorsque la Chambre des représentants des États-Unis a examiné la législation en première lecture en juillet 2008[961], M. Mike Leavitt, alors Secrétaire à la santé et aux services sociaux des États-Unis, a adressé une lettre au Vice-Président de

[959] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 303.

[960] *Voir* la lettre adressée par S.E. Mme Mari Pangestu, Ministre du commerce de l'Indonésie, à M. l'Ambassadeur Ron Kirk, Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, datée du 3 juillet 2009; la lettre adressée par S.E. M. Sudjadnan Parnohadiningrat, Ambassadeur de l'Indonésie aux États-Unis, au Chef de la majorité au Sénat des États-Unis, M. Harry Reid, datée du 8 avril 2009; et la lettre adressée par S.E. Mme Mari Pangestu, Ministre du commerce de l'Indonésie, à Mme l'Ambassadeur Susan C. Schwab, datée du 28 août 2007 (pièce IND-15).

[961] À savoir plus d'un an avant l'adoption de la FSPTCA, qui a été signée le 22 juin 2009.

la Commission de l'énergie et du commerce de la Chambre et membre du Congrès, M. Joe Barton, pour faire part de ses préoccupations concernant la législation telle qu'elle était libellée. L'une des préoccupations exprimées par M. Levitt était la suivante:

> "Nos partenaires commerciaux sont d'avis qu'en interdisant la vente des cigarettes aux clous de girofle sans interdire celle des cigarettes mentholées, le projet de loi soulève des questions au regard des obligations des États-Unis en matière de commerce international. Le gouvernement indonésien s'est, à plusieurs reprises, élevé contre le projet de loi au motif que ce traitement inégal était injustifié et incompatible avec les règles commerciales de l'OMC. En conséquence, je recommanderais que la Commission examine plus avant le libellé pertinent de ce point de vue pour faire en sorte que le projet de loi soit compatible avec les obligations des États-Unis en matière de commerce."[962]

7.585 On pourrait faire valoir que par sa participation active au processus législatif, l'Indonésie aurait été suffisamment avisée de l'adoption imminente de l'article 907 a) 1) A) pour pouvoir préparer sa branche de production à l'interdiction. Dans ce cas de figure, le fait que le délai ménagé par les États-Unis était de trois mois au lieu de six n'aurait pas eu de conséquences importantes. Cela peut cependant être perçu sous un angle différent, à savoir sous celui des attentes suscitées par la Décision de Doha relative à la mise en œuvre elle-même. En effet, comme nous l'avons vu plus haut, tous les Membres, réunis en Conférence ministérielle, sont convenus que le délai raisonnable serait normalement, à savoir en règle générale, d'au moins six mois. L'Indonésie, malgré sa participation au processus législatif, aurait raisonnablement pu s'attendre à disposer d'au moins six mois pour adapter sa branche de production. Par ailleurs, la participation active de l'Indonésie au processus législatif donne fortement à penser qu'elle a considéré qu'il y avait, au moins dans une certaine mesure, une possibilité d'obtenir l'exclusion des cigarettes aux clous de girofle du champ de l'interdiction.

7.586 Le texte du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha nous donne aussi des indications utiles quant aux circonstances à examiner. Nous rappelons que la Décision ministérielle de Doha indique que le délai raisonnable sera interprété comme n'étant normalement pas inférieur à six mois, "sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés".

7.587 À ce sujet, l'Indonésie fait valoir que "ni la Loi elle-même ni aucune autre déclaration des États-Unis n'indique qu'il était nécessaire que [l'article 907 a) 1) A)] entre en vigueur 90 jours après sa signature pour atteindre les objectifs de la Loi".[963] Elle fait en outre valoir que les États-Unis admettent que l'article 907 a) 1) A) ne répondait pas à un "problème urgent" au sens de l'article 2.10 de l'*Accord OTC*.[964]

7.588 Les États-Unis font valoir que la FSPTCA "répond directement à un problème grave – le tabagisme chez les jeunes" et que "le Congrès entendait limiter ce comportement dans toute la mesure du possible".[965]

7.589 Nous rappelons le long historique de l'élaboration de la FSPTCA. Nous rappelons de plus nos constatations selon lesquelles, en l'absence de tout élément de preuve ou argument établissant que des

---

[962] Lettre de M. Mike Leavitt, Secrétaire à la santé et aux services sociaux, à M. Joe Barton, membre du Congrès, datée du 21 juillet 2008 (pièce IND-16), page 2. Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 24. Nous examinons la participation de l'Indonésie au processus législatif des États-Unis et les réactions des membres-clés du gouvernement des États-Unis à cette participation de manière plus détaillée ci-après, dans le cadre de l'examen de l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.

[963] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 145.

[964] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 151.

[965] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 302.

problèmes urgents, entre autres choses, de santé se posaient ou menaçaient de se poser lors de l'adoption de l'article 907 a) 1) A), les circonstances d'urgence en question n'existaient pas.[966]

7.590 Nous notons aussi qu'il n'est pas contesté que les cigarettes aux clous de girofle étaient déjà vendues aux États-Unis depuis environ 40 ans au moment de l'interdiction et avaient détenu une part stable du marché pendant au moins dix ans avant l'interdiction. Qui plus est, les autres cigarettes aromatisées interdites par l'article 907 a) 1) A) avaient été introduites sur le marché des États-Unis plusieurs années avant l'interdiction et ne détenaient pas de part appréciable du marché au moment de l'interdiction.

7.591 Les États-Unis font valoir que l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait de démontrer que la période de trois mois ménagée par les États-Unis n'était pas raisonnable car elle n'a pas expliqué pourquoi le fait de retarder la date d'effet de six mois serait compatible avec les objectifs de la mesure.[967] Nous ne partageons pas cet avis. Nous rappelons les constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine* selon lesquelles "la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption".[968] Nous rappelons aussi qu'"un commencement de preuve, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve".[969]

7.592 Nous estimons que l'Indonésie a établi *prima facie* que le fait de ménager au moins six mois entre la date de publication de l'article 907 a) 1) A) et son entrée en vigueur n'empêcherait pas d'atteindre l'objectif recherché par l'article 907 a) 1) A). Il incombait donc aux États-Unis de démontrer pourquoi le délai entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) devrait être considéré comme exempté de la règle et donc de démontrer pourquoi il devait être inférieur au délai "normal" "[pas] inférieur à six mois". Les États-Unis n'ont fourni aucune argumentation ni présenté aucun élément de preuve à cet égard.

7.593 Nous ne sommes donc pas convaincus que le fait de retarder l'interdiction de six mois, au lieu des trois mois prévus à l'article 907 a) 1) A), n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif recherché par les États-Unis. Ces derniers n'ont pas expliqué au Groupe spécial pourquoi ils jugeaient que ménager un délai de 90 jours/trois mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) permettait d'atteindre l'objectif recherché par l'article 907 a) 1) A), alors qu'un délai de six mois ne le permettrait pas. Les États-Unis n'ont pas non plus expliqué pourquoi un délai de six mois ne permettait pas d'atteindre l'objectif recherché alors que leur gouvernement n'avait pas jugé nécessaire de notifier l'article 907 a) 1) A) en tant que mesure urgente au titre de l'article 2.10 de l'*Accord OTC*.

7.594 Nous ne disons pas que la charge de la preuve dans une allégation au titre de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* incombe au défendeur.[970] La charge de la preuve incombe à l'Indonésie. Nous disons que l'Indonésie a convaincu le Groupe spécial que, compte tenu de l'article 2.12 de l'*Accord OTC* et du paragraphe 5.2 de la Décision ministérielle de Doha, un délai inférieur à six mois n'était pas

[966] Voir la section VII.I.2 c).
[967] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 302.
[968] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.
[969] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 104. Cela a été confirmé par l'Organe d'appel dans ses rapports sur les affaires *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 98 et 136, et *Japon – Pommes*, paragraphe 159.
[970] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 274, 275 et 282.

raisonnable dans les circonstances de la présente affaire et que les États-Unis n'ont pas réfuté cette présomption.

c) Conclusion

7.595 Le Groupe spécial constate qu'en ne ménageant pas un délai pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

L. QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 12.3 DE L'*ACCORD OTC*

1. Arguments des parties

7.596 L'**Indonésie** allègue que l'article 907 a) 1) A) viole à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* parce que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle a créé un obstacle non nécessaire aux exportations d'un pays en développement. Elle estime qu'elle a déjà démontré dans le contexte de son allégation au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC* que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle créait un obstacle non nécessaire à ses exportations.[971] Elle fait valoir que, du fait que les cigarettes aux clous de girofle vendues aux États-Unis étaient avant tout des produits importés d'Indonésie, les États-Unis étaient obligés de tenir compte des besoins spéciaux du développement et du commerce de l'Indonésie, pays en développement Membre.[972] Il n'y a pas moins de six millions d'Indonésiens qui sont employés directement ou indirectement pour la fabrication des cigarettes et la culture du tabac.[973] L'Indonésie affirme qu'elle a fait part aux États-Unis de ses préoccupations concernant l'effet que l'interdiction aurait sur son commerce à plusieurs reprises, dans le cadre des discussions bilatérales menées en août 2009, des questions de l'Indonésie concernant la justification de l'article 907 a) 1) A) qui ont été distribuées dans le document G/TBT/W/32 et des déclarations faites à la réunion du Comité OTC de novembre 2009.[974] Elle affirme que les États-Unis n'ont pas tenu compte de ses préoccupations répétées et n'ont jamais fourni la moindre justification pour la mesure ni ont expliqué à l'Indonésie en quoi ils s'étaient acquittés de leurs obligations au titre de l'article 2.5 de *l'Accord OTC*, eu égard à l'effet notable que l'article 907 a) 1) A) aurait sur son commerce et son développement de l'Indonésie.[975]

7.597 L'Indonésie estime qu'on ne peut pas considérer que les États-Unis se sont acquittés de leur obligation au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* simplement en lui permettant de présenter des observations sur l'article 907 a) 1) A) et simplement en écoutant ces observations.[976] Elle estime que l'article 2.9.4 de l'*Accord OTC* garantit déjà ce droit et que l'interprétation de l'article 12.3 que font les États-Unis reviendrait par conséquent à priver cette disposition d'existence.[977] De l'avis de

[971] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 147.
[972] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 147.
[973] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 5; réponse de l'Indonésie à la question n° 114 du Groupe spécial, paragraphes 68 à 70.
[974] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 147; réponse de l'Indonésie à la question n° 76 du Groupe spécial, paragraphe 151; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 154.
[975] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 147.
[976] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 184 à 186.
[977] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 185; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 156 et 157; observations de l'Indonésie sur la réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 74.

l'Indonésie, l'article 12.3 exige des Membres qu'ils "fassent quelque chose".[978] Elle affirme que les États-Unis ne peuvent pas indiquer un quelconque endroit dans la Loi ou dans l'historique de son élaboration où le Congrès aurait seulement employé l'expression "pays en développement".[979]

7.598 L'Indonésie estime que le Groupe spécial devrait se montrer extrêmement prudent avant de transposer des aspects quelconques du raisonnement suivi par le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* dans l'interprétation de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, étant donné que, selon elle, l'article 12.3 de l'*Accord OTC* diffère de l'article 10:1 de l'*Accord SPS* en ce sens que le premier, effectivement, "prescrit un résultat spécifique à obtenir".[980] Néanmoins, elle estime que plusieurs aspects du rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* fournissent des indications et instructions utiles aux fins de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* et du présent différend.[981] Entre autres choses, il apparaît que l'Indonésie souscrit à l'interprétation donnée par le Groupe spécial, de l'expression "tenir compte de" et rappelle la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "tenir compte de" suppose de "prendre en considération en même temps que d'autres facteurs avant d'arriver à une décision".[982]

7.599 L'Indonésie précise que sa position n'est pas que la dernière partie de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* énonce une interdiction juridique autonome visant la création d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres.[983] Elle affirme que, bien qu'un pays en développement invoquant l'article 12.3 de l'*Accord OTC* n'ait pas à prouver qu'il a fait connaître au pays développé promulguant un règlement technique les besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce pour déclencher la protection prévue dans cette disposition[984], c'est pourtant bien ce qu'elle a fait à plusieurs reprises.[985] Elle estime qu'il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial échafaude des hypothèses sur le type d'éléments de preuve qui seraient suffisants pour établir qu'un Membre mettant en œuvre un règlement technique s'est acquitté de l'obligation de "tenir compte" des besoins spéciaux des pays en développement; de fait, ce que les États-Unis ont fait est clair et la seule question qui se pose est de savoir si ces actions satisfaisaient aux prescriptions de l'article 12.3.[986]

7.600 En réponse aux États-Unis qui demandent si elle est un "pays en développement", l'Indonésie fait observer que la Banque mondiale la classe comme tel, que son statut de pays en développement Membre de l'OMC a été reconnu dans l'affaire *Indonésie – Automobiles* et qu'elle fait également partie des pays en développement membres du G-33 à l'OMC.[987]

7.601 L'Indonésie estime qu'il n'y a rien dans le libellé de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* qui implique que les besoins des pays en développement doivent être "spécifiques" aux pays en développement; de fait, cette disposition identifie les "besoins … du développement, des finances et

---

[978] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 184, 186.

[979] Déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 187.

[980] Réponse de l'Indonésie à la question n° 73 du Groupe spécial, paragraphe 145; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 153.

[981] Réponse de l'Indonésie à la question n° 73 du Groupe spécial, paragraphe 146.

[982] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 276 (citant le rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1620).

[983] Réponse de l'Indonésie à la question n° 74 du Groupe spécial, paragraphe 147.

[984] Réponse de l'Indonésie à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphes 148 à 150; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 153.

[985] Réponse de l'Indonésie à la question n° 76 du Groupe spécial, paragraphe 151; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 154.

[986] Réponse de l'Indonésie à la question n° 77 du Groupe spécial, paragraphes 152 et 153; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 155.

[987] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 277.

du commerce" comme étant les besoins "spéciaux" des pays en développement dont il doit être tenu compte.[988]

7.602 Les **États-Unis** affirment que l'Indonésie n'a pas démontré qu'ils avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'*Accord OTC*. Ils font valoir que pour établir l'existence d'une violation de l'article 12.3, la partie plaignante doit démontrer: a) qu'elle est un pays en développement; b) que l'autre Membre n'a pas tenu compte des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce durant l'élaboration et l'application d'un règlement technique; et c) que ledit Membre n'a pas tenu compte de ces besoins pour faire en sorte que le règlement technique ne crée pas d'obstacles non nécessaires aux exportations.[989]

7.603 Les États-Unis estiment que même à supposer pour les besoins de l'argumentation qu'elle soit un pays en développement, l'Indonésie n'a pas démontré qu'ils n'avaient pas tenu compte d'un ou de plusieurs de ses besoins spéciaux pour la promulgation de la loi. Au contraire, au cours des cinq années qui ont séparé le moment où le projet de loi initial a été présenté pour examen à la Chambre des représentants en 2004 et celui où la loi a été promulguée en 2009, l'Indonésie a eu d'amples possibilités de faire connaître ses vues tant au Congrès qu'à l'Exécutif et qu'en fait, elle a bien fait connaître ses vues. Les États-Unis rappellent que l'Indonésie a eu de nombreux échanges tant avec le Congrès qu'avec l'Exécutif, ce qui a fait qu'eux-mêmes étaient parfaitement au courant de sa position. Ils estiment qu'en lui donnant la possibilité de formuler des observations sur les versions précédentes de la législation, ainsi que sur la version qui a été effectivement promulguée en tant que loi des États-Unis, les États-Unis se sont acquittés de leurs obligations au titre de l'article 12.3.[990]

7.604 Les États-Unis font valoir en outre que l'article 12.3 n'exige pas du pays développé Membre qu'il accepte toutes les recommandations présentées par le pays en développement Membre, et que le fait que le Congrès a décidé d'accorder davantage de valeur à la santé publique qu'aux intérêts des cigarettiers, tant nationaux qu'étrangers, ne signifie pas que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3.[991]

7.605 Les États-Unis estiment que l'Indonésie n'a pas établi que l'article 907 a) 1) A) créait un obstacle non nécessaire à l'exportation, pour les raisons exposées dans le contexte de l'allégation au titre de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*.[992]

7.606 Les États-Unis estiment que sur la base des similitudes entre les dispositions, l'article 10:1 de l'*Accord SPS* fournit un contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, et que les rapports passés de l'OMC qui ont examiné le sens de l'article 10:1, tels que le rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, peuvent être instructifs pour le Groupe spécial en l'espèce.[993]

7.607 De plus, les États-Unis font valoir que l'Indonésie n'a pas identifié les "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce" spécifiques à un pays en développement qu'elle avait et

---

[988] Réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphes 66 et 67.

[989] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 307.

[990] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 308; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 109.

[991] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 309; réponse des États-Unis à la question n° 77 du Groupe spécial, paragraphe 158; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 109; réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 118.

[992] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 310.

[993] Réponse des États-Unis à la question n° 74 du Groupe spécial, paragraphe 152; déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 109.

dont ils n'ont pas tenu compte.[994] Pour autant que l'Indonésie fasse valoir que la mesure risque de créer du chômage, un risque de chômage ne peut pas constituer un "besoin spécial" étant donné que tous les États sont préoccupés par le taux de chômage de leur population.[995] En outre, l'Indonésie n'a fourni aucun élément de preuve fiable indiquant que l'article 907 a) 1) A) avait eu une quelconque incidence sur l'emploi en Indonésie, encore moins l'"incidence défavorable grave" à laquelle elle fait référence à plusieurs reprises.[996] De l'avis des États-Unis, l'interprétation qu'elle donne de l'article 12.3 reviendrait à supprimer le terme "spéciaux" du texte.[997]

7.608 Quant au critère juridique en cause, les États-Unis estiment qu'il ne suffit pas que l'Indonésie dise simplement que "quelque chose" de plus que ce qu'ils ont fait est requis sans expliquer ce qu'est exactement ce "quelque chose" de plus.[998]

7.609 Enfin, le point de vue des États-Unis ne rend pas l'article 12.3 de l'*Accord OTC* superflu par rapport à l'article 2.9.4 de l'*Accord OTC* comme l'Indonésie l'allègue. L'article 2.9.4 pourrait, dans certains cas, fournir un mécanisme de dialogue sur les "besoins spéciaux" visés à l'article 12.3. L'obligation énoncée à l'article 2.9.4 n'est que l'une des obligations d'une série d'obligations figurant à l'article 2.9. Si les conditions énoncées dans le texte introductif de l'article 2.9 sont remplies, alors les mécanismes de transparence décrits à l'article 2.9 s'appliquent. L'article 12.3 n'est pas assorti de telles conditions et ne spécifie pas de mécanisme particulier pour faciliter les communications. À cet égard, l'article 12.3 constitue une obligation plus large que celle qui est prévue à l'article 2.9.4. Le fait que dans certaines circonstances, on pourrait satisfaire à l'article 12.3 en satisfaisant à l'article 2.9.4 ne signifie pas que l'article 12.3 est inutile.[999]

2. Analyse par le Groupe spécial

a) Introduction

7.610 La question dont est saisi le Groupe spécial est celle de savoir si les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'*Accord OTC* en ne tenant pas compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de l'Indonésie, pays en développement Membre.

b) Disposition juridique en cause

7.611 Nous notons que l'article 12 de l'*Accord OTC* est intitulé "Traitement spécial et différencié des pays en développement Membres". L'article 12.3 de l'*Accord OTC* dispose ce qui suit:

> "Dans l'élaboration et l'application des règlements techniques, des normes et des procédures d'évaluation de la conformité, les Membres tiendront compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres, pour faire en sorte que ces règlements techniques, normes et procédures

---

[994] Réponse des États-Unis aux questions n° 75 et 77 du Groupe spécial, paragraphes 155 et 157.
[995] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 107.
[996] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 108; observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 114 du Groupe spécial, paragraphe 78.
[997] Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphe 73.
[998] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 106; réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 118.
[999] Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 110; réponse des États-Unis à la question n° 112 du Groupe spécial, paragraphe 117; observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphe 75.

d'évaluation de la conformité ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres."

7.612 Dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, le Groupe spécial a fait observer que "l'article 12.3 exige[ait] que dans l'élaboration et l'application des règlements techniques, des normes et des procédures d'évaluation de la conformité, les Membres tiennent compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres."[1000] Ce Groupe spécial a noté aussi que "l'article 12.3 [était] une application spécifique de l'obligation énoncée à l'article 12.2 de tenir compte des besoins des pays en développement dans la mise en œuvre de l'*Accord OTC* au niveau national".[1001]

7.613 Hormis ces éléments, il n'y a pas de jurisprudence importante relative à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* et aucun rapport antérieur de groupe spécial ou de l'Organe d'appel ne traite la question du critère juridique qu'il faudrait appliquer pour établir l'existence d'une violation de l'article 12.3.

c) Champ de l'obligation énoncée à l'article 12.3 de l'*Accord OTC*

7.614 Le Groupe spécial fait observer que certains éléments de la demande d'établissement d'un groupe spécial et des communications ultérieures de l'Indonésie donnent à penser que, selon elle, la question pertinente au titre de l'article 12.3 de *l'Accord OTC* est celle de savoir si une mesure contestée "a créé un obstacle non nécessaire aux exportations des pays en développement Membres".[1002] Dans la mesure où l'Indonésie fait valoir que l'article 12.3 contient une interdiction de créer des obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement, le Groupe spécial ne peut pas partager ce point de vue. Nous interprétons l'article 12.3 comme établissant l'obligation de "tenir compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres. Nous interprétons la dernière partie de la phrase énoncée à l'article 12.3 comme indiquant *comment* et *pourquoi* le Membre qui élabore et applique le règlement technique devrait "tenir compte de" ces besoins spéciaux – à savoir, "pour" faire en sorte que ces règlements techniques ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres.

7.615 À notre avis, cette interprétation découle naturellement des termes mêmes de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*. Nous estimons difficile d'interpréter une disposition libellée comme l'article 12.3 – c'est-à-dire avec les termes "les Membres tiendront compte …, pour …" – comme signifiant que les mots après "pour …" établissent une obligation additionnelle ou un élément d'une allégation distinct. Les versions française et espagnole de l'article 12.3 sont rédigées de la même façon que la version anglaise[1003], ce qui renforce le point de vue selon lequel la première partie de l'article 12.3 établit

---

[1000] Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.47, alinéa 75.

[1001] Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.47, alinéa 77.

[1002] Nous notons que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Indonésie indique que la mesure en cause, c'est-à-dire l'article 907 a) 1) A), est incompatible avec "l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, parce que l'interdiction créait un obstacle non nécessaire aux exportations des pays en développement". WT/DS406/2, page 2. Tout au long de sa première communication écrite, l'Indonésie affirme que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 12.3 parce qu'il crée un obstacle non nécessaire à ses exportations. Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 12, Section V.I 8 (intitulée "La règle spéciale contrevient à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* parce que l'interdiction créait un obstacle non nécessaire aux exportations d'un pays en développement"), et paragraphe 147.

Ailleurs toutefois, l'Indonésie semble convenir que la question pertinente au titre de l'article 12.3 est celle de savoir si le Membre concerné a ou n'a pas "tenu compte de[s]" besoins des pays en développement Membres. Voir par exemple la réponse de l'Indonésie à la question n° 74 du Groupe spécial, paragraphe 147.

[1003] Les versions espagnole et anglaise de l'article 12.3 sont libellées comme suit:

l'obligation de "tenir compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres, tandis que la dernière partie de la phrase de l'article 12.3 indique simplement *comment* et *pourquoi* le Membre qui élabore et applique le règlement technique devrait "tenir compte" de ces besoins spéciaux.

7.616 Nous trouvons d'autres éléments à l'appui de notre interprétation de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* lorsque nous lisons cette disposition dans le contexte de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*. Cette dernière disposition, qui interdit clairement aux Membres d'adopter des règlements techniques qui créent des obstacles non nécessaires au commerce, est formulée et structurée différemment de l'obligation énoncée à l'article 12.3. De plus, on ne voit pas bien quels seraient l'objet et le but de la répétition à l'article 12.3 de l'obligation qui figure déjà à l'article 2.2. Toute mesure visée par l'obligation au titre de l'article 12.3 de faire en sorte que les règlements techniques "ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres" serait déjà visée et incluse dans l'obligation énoncée à l'article 2.2 de faire en sorte que les règlements techniques ne créent pas "des obstacles non nécessaires au commerce international" (tels qu'ils sont définis dans la deuxième phrase de cette disposition). Par conséquent, si l'on devait donner de l'article 12.3 une lecture qui inclut cette obligation, il apparaîtrait qu'elle est redondante et inutile eu égard à l'article 2.2.

7.617 Pour ces raisons, nous n'interprétons pas l'article 12.3 de l'*Accord OTC* comme établissant l'obligation de ne pas créer d'"obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres". Contrairement à ce que fait valoir l'Indonésie, cette disposition, à notre avis, ne "prescrit [pas] un résultat spécifique à obtenir".[1004] De fait, nous interprétons l'article 12.3 comme l'obligation de "tenir compte" des besoins spéciaux des pays en développement. Cela signifie que l'objet et le champ de l'examen au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* diffèrent considérablement de ceux de l'article 2.2 de l'*Accord OTC*, et constater qu'une mesure est compatible (ou incompatible) avec l'article 2.2 ne répond pas à la question de savoir si cette mesure est incompatible avec l'article 12.3. Par conséquent, dans les cas où un groupe spécial constate qu'un Membre a adopté un règlement technique qui *est* plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime au sens de l'article 2.2, cette constatation ne prouve pas que le Membre n'a *pas* tenu compte des besoins des pays en développement dans l'élaboration et l'application de cette mesure. À l'inverse, dans les cas où un groupe spécial constate qu'un Membre a adopté un règlement technique qui n'est *pas* plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, cela ne prouve pas que le Membre a tenu compte des besoins des pays en développement dans l'élaboration et l'application de cette mesure.

7.618 Bien entendu, même s'il supposait pour les besoins de l'argumentation que l'article 12.3 interdit l'adoption de règlements techniques qui créent des obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement, le Groupe spécial a déjà constaté que l'article 907 a) 1) A) n'était pas plus restrictif pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des

---

"*Los Miembros, cuando preparen o apliquen reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad, tendrán en cuenta las necesidades especiales que en materia de desarrollo, finanzas y comercio tengan los países en desarrollo Miembros, con el fin de asegurarse de que dichos reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la determinación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios para las exportaciones de los países en desarrollo Miembros.*"
"*Members shall, in the preparation and application of technical regulations, standards and conformity assessment procedures, take account of the special development, financial and trade needs of developing country Members, with a view to ensuring that such technical regulations, standards and conformity assessment procedures do not create unnecessary obstacles to exports from developing country Members.*"

[1004] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 153.

risques que la non-réalisation entraînerait.[1005] Si l'article 12.3 appelait la même analyse que l'article 2.2, cette constatation s'appliquerait également dans le contexte de l'article 12.3.

7.619 Nous allons donc poursuivre notre analyse des éléments que l'Indonésie doit démontrer pour prouver que les États-Unis ont violé l'article 12.3 de l'*Accord OTC* en ne tenant pas compte des besoins spéciaux de l'Indonésie en tant que pays en développement.

d) Éléments de l'obligation énoncée à l'article 12.3 de l'*Accord OTC*

7.620 Nous croyons comprendre que le libellé de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* exige de démontrer trois éléments pour établir l'existence d'une violation de l'obligation énoncée dans cette disposition. En particulier, le Groupe spécial estime que l'Indonésie doit démontrer que:

a) l'Indonésie est un "pays en développement";

b) l'Indonésie a "des besoins spéciaux [en matière de] développement, de[ ] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par l'article 907 a) 1) A); et

c) les États-Unis n'ont pas "tenu compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de l'Indonésie.

i) Premier élément: question de savoir si l'Indonésie est un "pays en développement"

7.621 Comme nous l'avons expliqué plus haut, le premier élément qui doit être démontré est que l'Indonésie est un "pays en développement".

7.622 Dans leur première communication écrite, les États-Unis affirment d'une manière générale que l'Indonésie ne s'est acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait pour aucun des éléments visés à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* mais qu'ils supposeront pour les besoins de l'argumentation qu'elle est un pays en développement afin de répondre à l'allégation au titre de l'article 12.3.[1006]

7.623 L'Indonésie indique qu'elle est un pays en développement[1007] et fait valoir, entre autres choses, que la Banque mondiale la classe comme tel et que son statut de pays en développement Membre de l'OMC a été reconnu dans l'affaire *Indonésie – Automobiles*.[1008]

7.624 Le Groupe spécial est d'avis que ce qui précède est plus que suffisant pour conclure que l'Indonésie est un "pays en développement". Nous constatons par conséquent qu'il est satisfait au premier élément d'une allégation au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.

ii) Deuxième élément: question de savoir si l'Indonésie a des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[ ] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par l'article 907 a) 1) A)

7.625 La question suivante dont est saisi le Groupe spécial est celle de savoir si l'Indonésie a des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[ ] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par l'article 907 a) 1) A).

[1005] Voir la Section VII.F.2 e) ci-dessus.

[1006] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 308.

[1007] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 12, 147; déclaration orale de l'Indonésie à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 20, 22, 178; deuxième communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 90, 154.

[1008] Deuxième communication écrite de l'Indonésie, note de bas de page 277 (citant la pièce IND-89).

7.626 Les États-Unis estiment que l'Indonésie n'a jamais identifié de besoins "qui sont spécifiques à un pays en développement (par opposition à un pays développé)".[1009] L'Indonésie répond qu'il n'y a rien dans le libellé de l'article 12.3 de l'*Accord OTC* qui implique que les besoins des pays en développement doivent être spécifiques aux pays en développement; de fait, cette disposition identifie les "besoins du développement, des finances et du commerce" comme étant les besoins spéciaux des pays en développement dont il doit être tenu compte.[1010] De l'avis des États-Unis, l'interprétation de l'article 12.3 donnée par l'Indonésie reviendrait à exclure le terme "spéciaux" du texte.[1011]

7.627 Nous commençons par observer que le sens de l'expression "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce" n'est pas entièrement clair. En fait, il apparaît que l'expression est délibérément vague. Le Groupe spécial note que des expressions semblables figurent dans d'autres Accords et instruments de l'OMC. Par exemple, dans l'affaire *CE – Préférences tarifaires*, l'Organe d'appel a précisé le sens de l'expression "besoins du développement, des finances et du commerce" dans le contexte du paragraphe 3 c) de la Clause d'habilitation.[1012] Dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, le Groupe spécial devait examiner l'expression "besoins [du] développement" dans le contexte de l'article 27.4 de l'*Accord SMC*.[1013] Ce groupe spécial a formulé l'observation intéressante suivante: "un examen de la question de savoir si des subventions à l'exportation correspondent aux besoins du développement d'un pays en développement Membre est une investigation de nature purement économique et politique, et qui se prête particulièrement mal à l'analyse d'un groupe spécial dont la fonction est fondamentalement juridique".[1014]

7.628 Quel que soit le sens exact de l'expression "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce", le Groupe spécial considère que l'Indonésie satisfait à la prescription imposant d'être un pays en développement ayant des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[s] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle. À cet égard, le Groupe spécial note que l'Indonésie a expliqué "l'importance des cigarettes aux clous de girofle pour son économie et sa population".[1015] Plus spécifiquement, les cigarettes aux clous de girofle sont produites en Indonésie depuis plus d'un siècle; on estime qu'il n'y a pas moins de 6 millions d'Indonésiens qui sont employés directement ou indirectement pour la fabrication des cigarettes et la culture du tabac; l'industrie des cigarettes, y compris des cigarettes aux clous de girofle, représente environ 1,66 pour cent du produit intérieur brut total ("PIB") de l'Indonésie; et l'Indonésie exporte des cigarettes aux clous de girofle aux États-Unis depuis bien plus de 40 ans.[1016] Il n'est pas contesté non plus qu'à la suite de l'interdiction, les importations aux États-Unis de cigarettes aux clous de girofle produites en Indonésie ont reculé, passant d'environ 15 millions de dollars en 2008 à zéro en 2010.[1017]

7.629 Nous estimons que les éléments qui précèdent sont suffisants pour conclure que l'Indonésie a des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[ ] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par le règlement technique en cause. Nous constatons par conséquent qu'il est satisfait au deuxième élément d'une allégation au titre de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.

[1009] Réponse des États-Unis aux questions n° 74 et 77 du Groupe spécial, paragraphes 154 et 157.
[1010] Réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphes 66 et 67.
[1011] Observations des États-Unis sur la réponse de l'Indonésie à la question n° 113 du Groupe spécial, paragraphe 73.
[1012] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Préférences tarifaires*, paragraphe 159.
[1013] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.89.
[1014] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.89.
[1015] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 6.
[1016] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 5.
[1017] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 40.

iii) Troisième élément: question de savoir si les États-Unis n'ont pas "tenu compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de l'Indonésie

7.630 Cela conduit le Groupe spécial à examiner le troisième et dernier élément qu'il faut démontrer pour établir l'existence d'une violation de l'article 12.3 de l'*Accord OTC*, c'est-à-dire si les États-Unis n'ont pas "tenu compte" de ces besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce. Nous commencerons par formuler quelques observations générales concernant l'obligation, énoncée à l'article 12.3, de "tenir compte" des besoins spéciaux d'un pays en développement. Nous examinerons ensuite les éléments de preuve présentés au Groupe spécial afin de déterminer si les États-Unis n'ont pas tenu compte des besoins spéciaux de l'Indonésie en ce qui concerne l'article 907 a) 1) A).

7.631 Nous notons qu'il n'y a aucune jurisprudence qui examine la nature de l'obligation énoncée à l'article 12.3 de l'*Accord OTC* de "tenir compte" des besoins spéciaux des pays en développement. Toutefois, le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* a examiné une allégation présentée par l'Argentine au titre de l'article 10:1 de *l'Accord SPS*, qu'il a décrite comme étant la "disposition équivalente" à l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.[1018] L'article 10:1 est libellé comme suit:

> "Dans l'élaboration et l'application des mesures sanitaires ou phytosanitaires, les Membres *tiendront compte des* besoins spéciaux des pays en développement Membres, et en particulier des pays les moins avancés Membres." (pas d'italique dans l'original)

7.632 Le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, qui a rejeté l'allégation de l'Argentine au titre de l'article 10:1 de l'*Accord SPS*, a fait observer, s'agissant du sens de l'expression "tenir compte de", ce qui suit:

> "... Le dictionnaire définit l'expression "take account of" (tenir compte de) comme signifiant "consider along with other factors before reaching a decision" (prendre en considération en même temps que d'autres facteurs avant d'arriver à une décision).[1019] Dans cette logique, l'article 10:1 ne prescrit pas un résultat spécifique à obtenir. Notamment, l'article 10:1 ne prévoit pas que le Membre importateur doit invariablement accorder un traitement spécial et différencié dans un cas où une mesure a entraîné, ou peut entraîner, une diminution, ou une augmentation plus lente, des exportations des pays en développement".[1020]

7.633 Ce Groupe spécial a constaté aussi que le change incombait à la partie plaignante de prouver que le Membre adoptant le règlement technique n'avait pas "tenu compte" des besoins des pays en développement Membres.[1021]

[1018] Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, note de bas de page 1330.

[1019] (*Note de bas de page de l'original*) *The Concise Oxford Dictionary*, 10th edn., J. Pearsall (ed.) (Clarendon Press, 1999), page 8.

[1020] Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1620.

[1021] Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphes 7.1622 et 7.1625.

7.634 Nous souscrivons à l'interprétation donnée par ce groupe spécial de l'obligation de "tenir compte" des besoins des pays en développement Membres et nous pensons comme lui que c'est à la partie plaignante, en l'espèce l'Indonésie, qu'incombe la charge de la preuve.[1022]

7.635 Les éléments de preuve présentés au Groupe spécial sur cette question sont constitués d'une série de lettres échangées entre des membres-clés du gouvernement indonésien et du gouvernement des États-Unis. Nous examinerons brièvement les pièces de dossier, dans l'ordre chronologique.

7.636 Une lettre datée du 28 août 2007 adressée par le Ministre du commerce indonésien au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales indique ce qui suit:

> "Ce projet de loi renferme une disposition qui, si elle est promulguée telle qu'elle est rédigée actuellement, établira une discrimination injustifiable à l'encontre des exportations de cigarettes indonésiennes en faveur du produit concurrent, les cigarettes produites aux États-Unis. *Nous croyons comprendre que M. le Sénateur Kennedy, qui était favorable à ce qu'il soit répondu à nos préoccupations par une formulation législative appropriée, vous a écrit à ce sujet*."[1023]

7.637 Une lettre datée du 21 juillet 2008 adressée par le Secrétaire à la santé et aux services sociaux au Vice-Président de la Commission de l'énergie et du commerce explique ce qui suit:

> "Il y a une autre question concernant le projet de loi sur laquelle je voudrais appeler votre attention. Nos partenaires commerciaux sont d'avis qu'en interdisant la vente des cigarettes aux clous de girofle sans interdire celle des cigarettes mentholées, le projet de loi soulève des questions au regard des obligations des États-Unis en matière de commerce international. Le gouvernement d'Indonésie s'est, à plusieurs reprises, élevé contre le projet de loi au motif que ce traitement inégal était injustifié et incompatible avec les règles commerciales de l'OMC. En conséquence, *je recommanderais que la Commission [de l'énergie et du commerce] examine plus avant le libellé pertinent de ce point de vue pour faire en sorte que le texte soit compatible avec les obligations des États-Unis en matière de commerce*."[1024]

7.638 La pièce suivante du dossier est une lettre datée du 25 juillet 2008 dans laquelle le Président de la Commission de l'énergie et du commerce écrit au Président de la Commission des voies et moyens:

> "*Vous avez aussi exprimé des préoccupations* au sujet de la disposition du projet de loi qui interdit l'utilisation des clous de girofle pour créer un arôme caractérisant dans les cigarettes. Je prends acte de vos préoccupations et crois comprendre que la

---

[1022] Le Groupe spécial prend note du point de vue de la Colombie selon lequel, bien que la charge incombe à l'Indonésie de prouver cet élément de son allégation, il est important de garder à l'esprit que les obligations des Membres au titre de l'article 12.3 de *l'Accord OTC* ne sont vérifiables qu'au moyen des renseignements à la disposition du Membre tenu de se conformer à cette disposition. Déclaration orale de la Colombie en tant que tierce partie, paragraphe 40.

[1023] Letter from H.E. Mari Pangestu, Trade Minister of Indonesia, to Ambassador Susan C. Schwab, United States Trade Representative, 28 août 2007 (pièce IND-15), page 7 sur 9 (pas d'italique dans l'original).

[1024] Letter from Mike Leavitt, Secretary of Health and Human Services, to Joe Barton, Ranking Member of the House of Representatives Committee on Energy and Commerce, 21 juillet 2008 (pièce IND-16) page 2 sur 3 (pas d'italique dans l'original).

> Commission des voies et moyens a compétence pour les interdictions à l'exportation en raison des effets sur le commerce et sur les recettes douanières."[1025]

7.639 Le 30 juillet 2008, le Bureau exécutif du Président des États-Unis a publié une déclaration de politique concernant le H.R. 1108 (Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial). Cette déclaration indiquait que "le gouvernement [était] gravement préoccupée par le H.R. 1108"[1026] et disait ce qui suit:

> "De plus, *nos partenaires commerciaux* peuvent faire valoir qu'en interdisant la vente des cigarettes aux clous de girofle sans interdire celle des cigarettes mentholées, le projet de loi soulève des questions au regard des obligations des États-Unis en matière de commerce international."[1027]

7.640 Une lettre datée du 16 mars 2009 adressée par le Président de la Commission des voies et moyens au Président de la Commission de l'énergie et du commerce note ce qui suit:

> "*La Commission a pris note du fait que le H.R. 1256 comportait une interdiction d'utiliser les clous de girofle pour créer un arôme caractérisant dans les cigarettes. La Commission des voies et moyens estime que cette disposition relève de sa compétence parce que la plupart des cigarettes aromatisées aux clous de girofle vendues actuellement aux États-Unis sont importées. Je crois comprendre que vous reconnaissez notre compétence en la matière, compte tenu de ses effets sur le commerce* et sur les recettes douanières. La Commission des voies et moyens a accepté de renoncer à toute action concernant ce projet de loi et ne s'opposera pas à son examen, étant entendu que vous convenez, à mesure que le projet franchira les étapes du processus législatif, de continuer de débattre avec la Commission des voies et moyens *des préoccupations que suscite la disposition concernant les clous de girofle*."[1028]

7.641 Le même jour, le Président de la Commission de l'énergie et du commerce a répondu:

> *"Vous avez exprimé des préoccupations au sujet de la disposition du projet de loi qui interdit l'utilisation des clous de girofle pour créer un arôme caractérisant dans les cigarettes. Je prends note de vos préoccupations et crois comprendre que la Commission des voies et moyens a compétence en matière d'interdiction à l'importation en raison des effets sur le commerce d'importation et sur les recettes douanières.* … À mesure que le projet franchira les étapes du processus législatif, nous continuerons de débattre avec la Commission des voies et moyens des préoccupations que suscite la disposition concernant les clous de girofle.

[1025] Letter from John Dingell, Chairman of the House of Representatives Committee on Energy and Commerce, to Charles B. Rangel, Chairman of the House of Representatives Committee on Ways and Means, 25 juillet 2008 (pièce IND-18), page 2 sur 2 (pas d'italique dans l'original).

[1026] Executive Office of the President, Office of Management and Budget, Statement of Administration Policy, H.R. 1108 – The Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, 30 juillet 2008 (pièce IND-17) page 1 sur 2.

[1027] Executive Office of the President, Office of Management and Budget, Statement of Administration Policy, H.R. 1108 – The Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act, 30 juillet 2008 (pièce IND-17) page 2 sur 2 (pas d'italique dans l'original).

[1028] Letter from Charles B. Rangel, Chairman of the House of Representatives Committee on Ways and Means, to Henry Waxman, Chairman of the House of Representatives Committee on Energy and Commerce, 16 mars 2009 (pièce US-67), pages 28 et 29 sur 52 (pas d'italique dans l'original).

> Conformément à votre demande, j'inclurai une copie de notre échange de lettres sur ces questions dans le Bulletin du Congrès."[1029]

7.642 Une lettre datée du 8 avril 2009 adressée par l'Ambassadeur d'Indonésie au chef de file de la majorité au Sénat des États-Unis notait une fois de plus:

> "… que la version du projet de loi présentée par le Président Kennedy en 2007 contenait un libellé approprié qui traitait de manière égale les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées – conformément aux obligations de longue date des États-Unis en matière de commerce. Nous vous demandons instamment de prendre contact avec le bureau du Sénateur Kennedy afin de l'encourager à réintroduire ce libellé dans le projet de loi présenté au Sénat."[1030]

7.643 Les éléments de preuve présentés au Groupe spécial sont sans nul doute fragmentés et incomplets. Toutefois, plusieurs conclusions se dégagent inévitablement de ce dossier, tel qu'il est.

7.644 En premier lieu, l'Indonésie a pu communiquer ses préoccupations à des membres-clés du gouvernement des États-Unis à de nombreuses reprises, sur une période de plusieurs années. Ces communications consistaient en nombreuses communications écrites ainsi qu'en réunions de haut niveau avec des responsables des États-Unis.

7.645 Les éléments de preuve montrent que les préoccupations de l'Indonésie ont été évoquées par la suite à maintes reprises par des responsables-clés au sein du gouvernement des États-Unis. En fait, les échanges entre des responsables-clés des États-Unis présentés par les parties montrent que les États-Unis ont activement tenu compte des préoccupations de l'Indonésie. Autrement dit, les éléments de preuve démontrent que les États-Unis ont "tenu compte" des préoccupations de l'Indonésie.

7.646 De plus, "tenir compte" des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce d'un pays en développement ne signifie pas nécessairement que le Membre qui élabore ou applique un règlement technique doit approuver ou accepter à la position du pays en développement et le résultat souhaité par celui-ci ou les accepter. À notre avis, le fait que les États-Unis ont décidé finalement de ne pas exclure les cigarettes aux clous de girofle du champ de l'interdiction énoncée à l'article 907 a) 1) A) ne veut pas dire que les États-Unis n'ont pas tenu compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de l'Indonésie.

7.647 Enfin, dans ses communications, l'Indonésie indiquait clairement que le résultat qu'elle souhaitait était que les États-Unis excluent les cigarettes aux clous de girofle du champ de l'article 907 a) 1) A). Or, nous avons constaté que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle apportait une contribution importante à l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes aux États-Unis. Considérant que la mesure est une interdiction, pour des raisons de santé publique, des cigarettes ayant un arôme caractérisant, le Groupe spécial ne voit pas comment il pourrait être possible, en vertu des règles de l'OMC, d'exclure du champ de l'interdiction les cigarettes ayant des arômes caractérisants en provenance des pays en développement. En effet, une prescription imposant d'exclure du champ d'une interdiction un produit qui est délétère pour la santé humaine uniquement au motif que le produit est produit et exporté par un pays en développement limiterait la capacité des Membres d'édicter des règlements à des fins de santé publique.

[1029] Letter from Henry Waxman, Chairman of the House of Representatives Committee on Energy and Commerce, to Charles B. Rangel, Chairman of the House of Representatives Committee on Ways and Means, 16 mars 2009 (pièce US-67), page 30 sur 52 (pas d'italique dans l'original).

[1030] Letter from H.E. Sudjadnan Parnohadiningrat, Ambassador of Indonesia to the United States, to Harry Reid, United States Senate Majority Leader, 8 avril 2009 (pièce IND-15), page 5 sur 9.

7.648 Eu égard à ce qui précède, nous constatons que l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis n'avaient pas "tenu compte" des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce.

e) Conclusion

7.649 Le Groupe spécial constate par conséquent qu'en ne démontrant pas que les États-Unis n'avaient pas tenu compte des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce dans l'élaboration et l'application de l'article 907 a) 1) A), l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'*Accord OTC*.

VIII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1 Comme il est exposé plus en détail plus haut, le Groupe spécial *constate*:

a) que l'article 907 a) 1) A) est un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC*;

b) que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC* parce qu'il accorde aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux cigarettes mentholées similaires d'origine nationale;

c) qu'en ne démontrant pas que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par l'article 907 a) 1) A) était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser l'objectif légitime consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.2 de l'*Accord OTC*;

d) qu'en ne demandant pas aux États-Unis de justifier l'article 907 a) 1) A) "au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'*Accord OTC*" par le biais de ses questions reproduites dans le document G/TBT/W/323, l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'*Accord OTC*;

e) qu'en ne démontrant pas qu'il serait "approprié" de formuler le règlement technique figurant à l'article 907 a) 1) A) en fonction des "propriétés d'emploi", l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.8 de l'*Accord OTC*;

f) qu'en ne notifiant pas aux Membres de l'OMC, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seraient visés par l'article 907 a) 1) A) projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être, assez tôt, c'est-à-dire lorsqu'il était encore possible d'apporter des modifications et de prendre en compte les observations, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.2 de l'*Accord OTC*;

g) qu'en ne démontrant pas qu'elle avait demandé aux États-Unis de fournir des détails sur l'article 907 a) 1) A) ou le texte de cet article lorsqu'il était encore à l'état de projet, l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.3 de l'*Accord OTC*;

h) qu'en ne ménageant pas un délai pas inférieur à six mois entre la publication et l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A), les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'*Accord OTC*;

i) qu'en ne démontrant pas que les États-Unis n'avaient pas tenu compte des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce dans l'élaboration et l'application de l'article 907 a) 1) A), l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'*Accord OTC*;

8.2 En l'absence de tout élément de preuve ou argument concernant l'existence de problèmes urgents de santé qui se posaient ou menaçaient de se poser aux États-Unis au moment de l'adoption de l'article 907 a) 1) A), le Groupe spécial *s'abstient de se prononcer* sur l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.10 de l'*Accord OTC*.

8.3 Ayant constaté que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.1 de l'*Accord OTC*, le Groupe spécial *s'abstient* aussi *de se prononcer* sur l'allégation de l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

8.4 S'étant abstenu de se prononcer sur l'allégation subsidiaire de l'Indonésie au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, le Groupe spécial *s'abstient* également *de se prononcer* sur le point de savoir si l'article 907 a) 1) A) est justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994.

8.5 En vertu de l'article 3:8 du Mémorandum d'accord, dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre des avantages résultant de cet accord. En conséquence, nous concluons que les États-Unis ont annulé ou compromis des avantages résultant pour l'Indonésie de l'*Accord OTC*, dans la mesure où ils ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.1, l'article 2.9.2 et l'article 2.12 de l'*Accord OTC*.

8.6 Conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, ayant constaté que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.1, de l'article 2.9.2 et de l'article 2.12 de l'*Accord OTC*, nous recommandons que l'Organe de règlement des différends demande aux États-Unis de rendre l'article 907 a) 1) A) conforme à leurs obligations au titre de l'*Accord OTC*.

ANNEXE A

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES PREMIÈRES COMMUNICATIONS ÉCRITES DES PARTIES

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

ANNEXE A-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DE L'INDONÉSIE

I. INTRODUCTION

1. La République d'Indonésie ("Indonésie") conteste l'article 101 de la Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial (la "Loi"). En particulier, l'Indonésie conteste la "Règle spéciale pour les cigarettes" figurant à l'article 101 b), qui interdit la production ou la vente de certaines cigarettes qualifiées d'"aromatisées" (dénommée ci-après la "Règle spéciale").

2. Conformément à l'historique de l'élaboration de la Loi, la Règle spéciale visait à empêcher les cigarettiers de cibler les fumeurs n'ayant pas l'âge légal avec des arômes destinés à accroître l'attrait de la consommation de tabac. Un type de cigarettes aromatisées a échappé à l'interdiction – les cigarettes mentholées.

3. Les cigarettes peuvent contenir toute une série d'ingrédients et d'arômes qui sont incorporés au tabac ou au filtre. En bref, selon M. Michael Siegel de l'Université de Boston, il n'y a "aucune différence logique" "entre le menthol et les centaines d'autres additifs aromatisants incorporés aux cigarettes", dont le clou de girofle.

4. Les cigarettes aux clous de girofle sont produites en Indonésie depuis plus d'un siècle. On estime qu'il n'y a pas moins de 6 millions d'Indonésiens qui sont employés directement ou indirectement pour la fabrication des cigarettes et la culture du tabac. L'industrie de la cigarette, y compris des cigarettes aux clous de girofle, représente environ 1,66 pour cent du produit intérieur brut ("PIB") total de l'Indonésie. L'Indonésie exporte des cigarettes aux clous de girofle vers les États-Unis depuis bien plus de 40 ans.

5. Nonobstant l'importance des cigarettes aux clous de girofle pour son économie et sa population, l'Indonésie ne s'oppose pas à ce que les États-Unis réglementent la production ou la vente de cigarettes à l'intérieur de leurs frontières. Elle ne s'oppose pas non plus à l'adoption de mesures raisonnables visant à mettre les cigarettes, y compris les cigarettes aux clous de girofle, hors de portée des mineurs. Ce à quoi l'Indonésie s'oppose, c'est à une mesure, en l'espèce la Règle spéciale, qui impose une interdiction complète des cigarettes aux clous de girofle en provenance de son territoire, alors que presque aucune, voire aucune, restriction ne frappe les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées.

6. En somme, la mesure contestée est discriminatoire et constitue une violation de l'article 2.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC"), qui figure à l'Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce ("OMC"). Pour les mêmes raisons essentiellement, la mesure contestée constitue également une violation de l'article III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994"). De plus, la mesure contestée est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif déclaré de réduction du tabagisme chez les jeunes et elle viole donc l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7. Enfin, lors de l'adoption de la Règle spéciale, les États-Unis n'ont pas satisfait à un certain nombre de prescriptions additionnelles de l'Accord OTC. La Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.8 de l'Accord OTC parce qu'elle interdit les cigarettes sur la base uniquement de leurs caractéristiques descriptives. Les États-Unis ne se sont pas non plus conformés à un certain nombre d'obligations de procédure leur incombant au titre de l'article 2 de l'Accord OTC. En conséquence, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.5, 2.9, 2.10 et 2.12 de l'Accord OTC.

8. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par la Règle spéciale a créé un obstacle non nécessaire aux exportations de l'Indonésie, qui est un pays en développement Membre. Les États-Unis avaient l'obligation de tenir compte des besoins spéciaux du développement et du commerce de l'Indonésie, pays en développement Membre de l'OMC, lors de l'élaboration et de la mise en œuvre de la Règle spéciale. Ils ne l'ont pas fait. Par conséquent, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'Accord OTC.

9. Comme les États-Unis ont agi en violation du GATT et de l'Accord OTC, leurs actions sont présumées annuler ou compromettre des droits résultant pour l'Indonésie de ces accords. Par conséquent, il y a présomption que les actions des États-Unis s'agissant de l'adoption et de l'application de la Règle spéciale ont eu une incidence défavorable sur l'Indonésie. La charge de la preuve est donc déplacée vers sur les États-Unis qui doivent apporter la preuve du contraire.

II. CONTEXTE FACTUEL

10. En 2007, l'ensemble du marché des cigarettes aux États-Unis représentait quelque 360 milliards de cigarettes. Les importations de cigarettes aux clous de girofle s'élevaient à 398,8 millions de cigarettes, soit environ un dixième de 1 pour cent du marché total des États-Unis. Selon la Tobacco Merchants Association, toutes les cigarettes naturelles aux clous de girofle ou "kreteks" vendues aux États-Unis sont importées, en grande majorité d'Indonésie.

11. La Loi a accordé à l'Office de contrôle des médicaments et des produits alimentaires ("FDA") un large pouvoir de réglementation des produits du tabac. Entre autres choses, elle a accordé à la FDA le pouvoir de réglementer la commercialisation et la promotion des produits du tabac et d'établir des normes pour les propriétés d'emploi des produits du tabac afin de protéger la santé publique.

12. L'article 101 b) de la Loi, qui contient une "Règle spéciale pour les cigarettes", est source de préoccupations dans la présente affaire. La Règle spéciale dispose qu'à compter de trois mois après la date de sa promulgation:

> aucune cigarette ni aucun des composants d'une cigarette (y compris le tabac, le filtre ou le papier) ne contiendra, en tant que constituant (y compris en tant que constituant de la fumée) ou additif, un arôme artificiel ou naturel (autre que le tabac ou le menthol) ou un extrait végétal ou une épice, y compris la fraise, le raisin, l'orange, le clou de girofle, la cannelle, l'ananas, la vanille, la noix de coco, la réglisse, le cacao, le chocolat, la cerise ou le café, qui soit un arôme caractérisant du produit du tabac ou de la fumée de tabac.

13. L'interdiction des arômes caractérisants autres que le menthol ou le tabac instituée par la Règle spéciale est entrée en vigueur le 22 septembre 2009. Depuis cette date, les cigarettes aux clous de girofle sont interdites aux États-Unis, ce qui a fait chuter les exportations annuelles de cigarettes aux clous de girofle de l'Indonésie vers les États-Unis à zéro alors qu'elles s'élevaient à quelque 15 millions de dollars avant l'interdiction, tandis que les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes aromatisées au tabac ("ordinaires") continuent d'être fabriquées et vendues aux États-Unis. Malgré les demandes répétées que leur a adressées l'Indonésie, les États-Unis n'ont pas mentionné de preuves scientifiques, éprouvées ou autres, qui auraient existé le 22 juin 2009 ou avant, et qui auraient pu justifier le traitement inégal des cigarettes aux clous de girofle et de toutes les autres cigarettes, en particulier des cigarettes mentholées.

III. ARGUMENTATION JURIDIQUE

A. LA RÈGLE SPÉCIALE ACCORDE À CERTAINES CIGARETTES NATIONALES UN TRAITEMENT PLUS FAVORABLE QUE CELUI QU'ELLE ACCORDE AUX CIGARETTES IMPORTÉES D'INDONÉSIE

14. L'article 2.1 de l'Accord OTC exige des Membres de l'OMC qu'ils "[fassent] 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".

15. Telle qu'elle est libellée et telle qu'elle est appliquée, la Règle spéciale viole l'article 2.1 de l'Accord OTC parce qu'il s'agit d'un règlement technique qui accorde aux importations de cigarettes aux clous de girofle un traitement "moins favorable" que celui qu'il accorde aux produits nationaux similaires – les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées.

16. La Règle spéciale constitue un "règlement technique" qui est visé par l'Accord OTC. L'Organe d'appel a interprété un "règlement technique" comme étant un document qui "réglemente[] les "caractéristiques" des produits d'une manière contraignante ou obligatoire", et a pour effet de "prescrire ou d'imposer une ou plusieurs "caractéristiques" …" Les caractéristiques des produits sont pour leur part définies comme "les "particularités", "qualités", "attributs", ou autre "marque distinctive" objectivement définissables d'un produit". Elles peuvent être prescrites ou imposées sous une forme soit positive, soit négative [-a]utrement dit, le document peut prévoir, d'une manière positive, que les produits doivent posséder certaines "caractéristiques", ou bien, d'une manière négative, que les produits ne doivent pas posséder certaines "caractéristiques". En somme, un règlement technique doit: 1) énoncer les "caractéristiques d'un produit"; 2) rendre le respect de ces caractéristiques obligatoire; et 3) être applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable.

17. La Règle spéciale satisfait à tous ces critères puisque 1) elle interdit l'ajout d'arômes caractérisants – à l'exception du menthol; 2) le respect de l'interdiction est obligatoire; et 3) la règle s'applique à un groupe de produits identifiable – certaines cigarettes aromatisées, en particulier les cigarettes aux clous de girofle. La Règle spéciale constitue donc un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC.

18. Les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes ordinaires et aux cigarettes mentholées qui sont produites dans le pays. L'approche générale utilisée pour déterminer la "similarité" consiste en une analyse qui porte essentiellement sur quatre facteurs fondamentaux: 1) les caractéristiques physiques des produits; 2) les utilisations finales; 3) les perceptions et le comportement des consommateurs; et 4) le classement tarifaire.

19. Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays, y compris les cigarettes mentholées, présentent les mêmes caractéristiques physiques. Les deux types de cigarettes contiennent du tabac traité et mélangé enroulé dans du papier et muni d'un filtre. Ils contiennent tous deux d'autres ingrédients et aromatisants qui créent l'arôme propre à chaque marque. Des aromatisants tels que le sucre brun ou la vanille ne sont pas dangereux et sont ajoutés à presque toutes les cigarettes, même celles dont on considérerait qu'elles ont un arôme de tabac "ordinaire". Les sociétés productrices de tabac utilisent littéralement des centaines d'ingrédients pour accroître l'attrait des cigarettes et créer l'arôme propre à chaque marque. À cet égard, les cigarettes ne diffèrent pas de nombreux autres produits de consommation, comme la pâte dentifrice à la menthe, qui utilisent des aromatisants pour attirer les consommateurs. Comme toutes les cigarettes, les cigarettes aux clous de girofle contiennent un mélange de tabac et d'autres ingrédients (en l'occurrence, des clous de girofle moulus) qui leur confèrent leur arôme unique. Les cigarettes aux clous de girofle ne diffèrent pas des cigarettes qui contiennent un mélange de tabac, de sucre et de vanille, ou de tabac et de menthol.

20. Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays sont les unes et les autres des cigarettes de "catégorie A" à des fins fiscales aux États-Unis, dont le poids est inférieur à trois livres par millier de cigarettes. Par ailleurs, les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays satisfont à la définition d'une "cigarette" établie par le gouvernement des États-Unis: "1) tout rouleau de tabac enveloppé dans du papier ou dans toute substance ne contenant pas de tabac, et 2) tout rouleau de tabac enveloppé dans toute substance contenant du tabac qui, du fait de son apparence, du type de tabac utilisé dans le scaferlati, ou de son emballage et de son étiquetage, est susceptible d'être proposé aux consommateurs, ou acheté par ceux-ci, en tant que cigarette décrite au paragraphe 1)". Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont encore plus de propriétés spécifiques en commun du fait qu'elles contiennent les unes et les autres du tabac et un ingrédient ajouté (à savoir un extrait végétal ou une épice) possédant des propriétés apaisantes. L'essence de girofle (connue en chimie sous le nom d'"eugénol") et le menthol sont couramment utilisés dans des produits de consommation et il est reconnu qu'ils ont un effet anesthésiant.

21. Dans le différend *CE – Amiante*, le Groupe spécial a fait observer que la toxicité était aussi pertinente pour les caractéristiques physiques au moment de déterminer si les produits étaient "similaires". Dans cette affaire, un produit, les fibres d'amiante chrysotile, était connu pour être cancérogène et le type de cancers concernés présentait un pourcentage de mortalité proche de 100 pour cent. Dans la présente affaire, il n'y a aucun élément de preuve indiquant que les cigarettes aux clous de girofle sont plus toxiques ou présentent de plus grands risques pour la santé que les cigarettes dites "ordinaires" ou les cigarettes mentholées produites dans le pays.

22. L'utilisation finale de toutes les cigarettes, y compris les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, est la même – autrement dit, elles sont utilisées pour fumer du tabac.

23. Les consommateurs perçoivent les cigarettes ordinaires, les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle comme étant "d'autres moyens de remplir des fonctions particulières pour satisfaire à un désir ou à une demande spécifique" (c'est-à-dire un autre moyen de fumer). Les données relatives au marché indiquent que 79 pour cent des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle fument en fait le plus souvent des cigarettes "ordinaires" (celles qui ont un arôme caractérisant de tabac) et des cigarettes mentholées, et qu'ils considèrent les cigarettes aux clous de girofle comme des cigarettes "pour les occasions spéciales". En somme, il y a un rapport de concurrence entre toutes les cigarettes pour ce qui est de l'accès aux circuits de distribution, du linéaire et de la part de marché.

24. Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays ont le même classement tarifaire international au niveau des positions à six chiffres, le niveau le plus détaillé utilisé par les Membres de l'OMC.

25. Étant donné que l'interdiction imposée par la Règle spéciale ne s'applique pas aux cigarettes ayant un arôme caractérisant de menthol ou de tabac, et qu'il a été montré que les cigarettes aux clous de girofle étaient "similaires" à ces produits, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, mais pas des cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac, crée des conditions de concurrence inégales sur le marché des États-Unis et constitue, par conséquent, un traitement "moins favorable".

26. La Règle spéciale est également incompatible avec l'article III:4 du GATT. Contrairement à l'article 2.1 de l'Accord OTC, l'article III:4 ne prescrit pas d'examiner si la Règle spéciale est un "règlement technique". En fait, une mesure examinée au titre de l'article III:4 doit simplement être "[une] loi[], … [un] règlement[] ou … [une] prescription[] affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation" d'un produit importé "sur le marché intérieur". La Règle spéciale interdit qu'une cigarette aux États-Unis contienne un arôme caractérisant autre que le menthol ou le tabac, ce qui affecte manifestement la vente, la mise en vente ou l'utilisation des cigarettes aux clous de girofle importées sur le marché intérieur en leur interdisant purement et simplement l'accès au marché des États-Unis.

27. Pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, la Règle spéciale est incompatible avec l'article III:4 du GATT. Les cigarettes aux clous de girofle sont similaires aux cigarettes produites dans le pays du fait que leurs caractéristiques physiques, leurs utilisations finales, les perceptions des consommateurs à leur égard et leur classement tarifaire sont les mêmes. La Règle spéciale accorde aux cigarettes aux clous de girofle un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac produites dans le pays du fait que les cigarettes aux clous de girofle sont interdites, alors que les cigarettes mentholées et les cigarettes "ordinaires" continuent d'être vendues sur le marché des États-Unis.

B. LA RÈGLE SPÉCIALE EST PLUS RESTRICTIVE POUR LE COMMERCE QU'IL N'EST NÉCESSAIRE POUR ATTEINDRE LE NIVEAU DE PROTECTION RECHERCHÉ PAR LES ÉTATS-UNIS

28. La Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC parce qu'elle est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour protéger la santé des personnes et constitue donc un obstacle non nécessaire au commerce international.

29. L'Indonésie convient que la protection de la santé des personnes au moyen de la réglementation des produits du tabac est un objectif de santé légitime. Elle convient également que la réduction du tabagisme chez les jeunes est un objectif légitime. Mais une interdiction est la mesure la plus restrictive pour le commerce qui puisse être adoptée et, par conséquent, elle doit faire l'objet du plus haut niveau de justification.

30. Pour déterminer s'il existe une violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial doit examiner si l'interdiction de certains arômes, mais pas de tous, qui est prévue dans la Règle spéciale est susceptible d'atteindre le niveau de protection recherché par les États-Unis et si des mesures moins restrictives pour le commerce sont applicables qui pourraient aussi atteindre ce niveau de protection.

31. La Loi elle-même est utile pour comprendre le niveau de protection recherché par les États-Unis. L'un des objectifs déclarés de la Loi est "de continuer à permettre la vente de produits du tabac aux adultes tout en imposant des mesures visant à faire en sorte que ces produits ne soient pas vendus ni accessibles aux acheteurs n'ayant pas l'âge légal". Par ailleurs, les normes énoncées dans la Loi visent à restreindre les pratiques publicitaires et promotionnelles les plus susceptibles d'inciter les jeunes à consommer du tabac, tout en ménageant d'amples possibilités de commercialiser les produits du tabac auprès des adultes.

32. Ce qui est encore plus révélateur, c'est ce que la Loi n'entend pas faire. La Loi et ceux qui l'appuient allèguent qu'une réglementation gouvernementale additionnelle est essentielle pour empêcher les jeunes de se mettre à fumer. Cependant, alors qu'un large pouvoir a été conféré à la FDA en vue de la réglementation du tabac et l'établissement de normes pour les cigarettes, la Loi interdit expressément à la FDA de prendre un certain nombre de mesures qui seraient probablement très efficaces pour réduire le nombre de jeunes qui commencent à fumer et deviennent dépendants. Ainsi, la Loi interdit à la FDA de bannir complètement les cigarettes, de supprimer la nicotine dans les cigarettes, de porter à 19 ans l'âge légal pour fumer, ou d'imposer que les cigarettes ne soient vendues que dans des magasins réservés aux adultes.

33. Comme la Loi prévoit clairement le maintien de la consommation de cigarettes par les adultes, le niveau de protection recherché n'est pas l'élimination de tous les risques associés au tabagisme. Par ailleurs, la grande majorité des cigarettes dont on sait qu'elles sont consommées par les jeunes ne sont absolument pas interdites par la Loi. Au vu des résultats de l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé, étude financée par le gouvernement des États-Unis, les jeunes fumeurs fument majoritairement des cigarettes "ordinaires" ou mentholées, lesquelles ne sont pas interdites par la Loi. Le niveau de protection recherché n'est donc pas l'accès zéro aux cigarettes susceptibles d'être fumées par les jeunes. Puisqu'elle interdit à la FDA de prendre certaines mesures

qui sont les plus susceptibles de réduire le tabagisme et la dépendance chez les jeunes, le niveau de protection que la Loi recherche n'est pas une réduction radicale du nombre de jeunes qui fument. Ce que la Loi définit comme le niveau de protection souhaité est plutôt une réglementation suffisante pour dissuader les adolescents, mais non leur interdire, de faire usage de produits du tabac.

34. Une interdiction est l'instrument réglementaire disponible le plus restrictif pour le commerce et peut, dans certaines circonstances, être la seule option pour atteindre un objectif sanitaire, par exemple lorsque le niveau de protection requis est l'*élimination* du risque. Les États-Unis auraient pu décider que, pour empêcher les gens de fumer, ils entendaient interdire complètement toutes les cigarettes de leur marché. Mais ce n'était pas le niveau de protection que recherchaient les États-Unis. La Règle spéciale n'autorise pas la vente légitime de cigarettes aux clous de girofle aux adultes et exempte de l'interdiction les cigarettes que les jeunes sont les plus susceptibles de fumer. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse donc largement le niveau de protection recherché.

35. Des groupes spéciaux ont été d'avis que la question de savoir si une mesure était "nécessaire" dépendait de la mesure dans laquelle elle réalisait l'objectif de politique souhaité. Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a confirmé que pour évaluer la nécessité d'une mesure, il fallait soupeser et mettre en balance de "l'"importance relative" des intérêts ou valeurs promus par la mesure contestée", ainsi que d'autres facteurs qui comprendraient généralement "la contribution de la mesure à la réalisation des objectifs qu'elle poursui[vait] [et] l'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international".

36. L'article 2.2 de l'Accord OTC indique que la "nécessité" doit être déterminée compte tenu des risques associés à la non-adoption de la mesure contestée. Le Groupe spécial doit donc examiner si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, mais pas des cigarettes mentholées ou ordinaires, contribue à une réduction du niveau de tabagisme chez les adolescents. Pour rendre cette décision, le Groupe spécial devrait évaluer l'incidence probable de la non-interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Les faits montrent clairement que le fait de ne pas interdire les cigarettes aux clous de girofle ne présenterait pas de risque important pour l'objectif déclaré de la Loi ni pour la santé des adolescents. Une interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'est donc pas nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes.

37. Les éléments de preuve montrent que les jeunes sont, majoritairement, plus susceptibles de fumer des cigarettes qui ne sont pas interdites par la Loi que des cigarettes aux clous de girofle. En fait, quatre-vingt-sept (87) pour cent des fumeurs dans les lycées ne fument que trois marques très commercialisées: "Marlboro", "Camel" et "Newport". Les cigarettes mentholées sont consommées par 62 pour cent des nouveaux fumeurs dans les collèges et par 46 pour cent des nouveaux fumeurs dans les lycées. Comparativement, l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé a constaté que la consommation des cigarettes aux clous de girofle était minime chez les jeunes. En 2007, seulement 0,1 pour cent des jeunes fumeurs consommaient des cigarettes aux clous de girofle et en 2008, ce pourcentage était tombé à zéro.

38. Une autre organisation, *Monitoring the Future*, a mené des enquêtes annuelles à l'échelle nationale auprès des adolescents dans les écoles des États-Unis au cours des 35 dernières années. Les responsables de l'étude ont conclu que "la consommation de kreteks [cigarettes aux clous de girofle] était une mode passagère qui n'avait tout simplement pas pris auprès de la plupart des jeunes".

39. En fait, il apparaît que les jeunes ne savent absolument pas ce qu'est une kretek. Dans une enquête téléphonique menée entre le 23 et le 26 septembre 2010 par Opinion Research Corporation, 98 pour cent des adolescents interrogés ont dit n'avoir jamais entendu parler des kreteks. Sur les 2 pour cent qui ont affirmé avoir entendu parler des kreteks, 25 pour cent l'ont identifié à tort comme un type de voiture et 24 pour cent croyaient qu'il s'agissait d'une drogue. Pas un seul des adolescents interrogés n'a pu identifier correctement les kreteks comme un type de cigarette.

40. M. Michael Siegel, éminent expert de la lutte contre le tabac, qui travaille maintenant pour l'École de santé publique de l'Université de Boston, a réfuté les allégations de la FDA et d'autres selon lesquelles les cigarettes aromatisées étaient pour les jeunes un produit d'initiation et selon lesquelles une interdiction des cigarettes aromatisées était nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes:

> Il est manifestement faux de dire que les cigarettes aromatisées sont un produit d'initiation à la cigarette, qu'elles favorisent notablement la dépendance des jeunes au tabac, que l'industrie du tabac se sert de ces cigarettes aromatisées pour rendre les enfants accro et que l'interdiction des cigarettes à l'arôme de bonbon par la FDA aura une incidence quelconque sur le tabagisme chez les jeunes. (À l'exception du menthol, le seul aromatisant dont se servent effectivement les sociétés productrices de tabac pour rendre les enfants accro, mais qui est exempté de l'interdiction frappant les aromatisants.)
>
> La vérité, c'est que le principal produit d'initiation des jeunes au tabac, c'est les cigarettes non aromatisées (à l'exclusion des cigarettes mentholées). Le retrait par la FDA des cigarettes aromatisées du marché *n'aura pas la moindre incidence sur le tabagisme chez les jeunes*. La seule chose qui aurait eu une incidence c'est le retrait des cigarettes non aromatisées – comme les Camel, les Marlboro et les Newport – que fument plus de 85 pour cent de tous les jeunes fumeurs.
>
> En fait, le seul aromatisant qui était exempté – le menthol – est le **seul et unique** aromatisant qui **est** effectivement utilisé pour rendre les jeunes accro. Il y a littéralement des dizaines de milliers d'enfants qui fument des cigarettes mentholées, mais même avant la législation de la FDA, il n'y en avait pratiquement aucun qui fumait les cigarettes à l'arôme de bonbon qui étaient effectivement visées par la législation.

41. Les éléments de preuve ci-dessus montrent qu'il est peu probable que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, mais pas des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires ou des autres produits du tabac aromatisés, une incidence quelconque sur le tabagisme chez les jeunes. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'est donc pas "nécessaire".

42. Des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont systématiquement souscrit au point de vue exprimé dans l'affaire *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière* selon lequel "une partie contractante ne peut justifier une mesure incompatible avec une autre disposition de l'Accord général en la déclarant "nécessaire" … si elle dispose d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement qu'elle l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général".

43. Si ce n'était l'interdiction générale des arômes instituée par la Règle spéciale, la réglementation aurait pu atteindre le niveau de protection recherché par la Loi. La Loi elle-même contient un certain nombre de nouvelles dispositions applicables aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires qui visent à réduire la capacité des cigarettiers de se livrer à des pratiques qui ciblent et attirent les jeunes. Ces mesures auraient pu aussi s'appliquer aux cigarettes aux clous de girofle:

- interdire toute publicité en plein air pour le tabac à moins de 300 mètres des écoles et aires de jeux;
- interdire tous les parrainages restants de manifestations sportives et de spectacles par des marques de tabac;

- interdire la distribution gratuite de tout article ne contenant pas de tabac à l'achat d'un produit du tabac;

- limiter la publicité présente dans les publications qui ont un important lectorat d'adolescents, ainsi que la publicité faite en plein air et sur les points de vente, à l'exception des locaux réservés aux adultes;

- limiter les distributeurs automatiques et les présentoirs en libre-service aux locaux réservés aux adultes; et

- demander aux détaillants de vérifier l'âge pour tous les produits en vente libre et prévoir au niveau fédéral des mesures d'exécution et des sanctions à l'encontre des détaillants qui vendent à des mineurs.

44. L'accord d'expédient conclu en 2006 entre R. J. Reynolds et les Attorneys General de plusieurs États comprend des mesures qui ne sont pas restrictives pour le commerce et qu'il aurait été possible d'inclure dans la Loi pour réduire l'attrait du tabac chez les jeunes. Ces mesures comprennent l'interdiction d'utiliser des termes ou des images liées aux fruits, bonbons ou boissons alcooliques. Conférer à la FDA le pouvoir d'approuver toutes nouvelles marques et étiquettes et tous nouveaux emballages de produits du tabac donnerait aux responsables de la réglementation la possibilité de faire en sorte que d'éventuels produits indésirables ne soient pas mis sur le marché, tout en permettant aux produits aromatisés, comme les cigarettes aux clous de girofle, de continuer d'être vendus aux adultes.

45. D'autres pays ont adopté des mesures qui ne sont pas restrictives pour le commerce pour remédier au tabagisme chez les jeunes. Par exemple, l'Australie a interdit presque toute la publicité pour le tabac et a interdit aux sociétés productrices de tabac de parrainer des manifestations. Singapour a fortement relevé le montant des amendes infligées à ceux qui fument alors qu'ils n'ont pas l'âge légal de le faire et elle interdit à certains détaillants de vendre des produits du tabac afin qu'ils soient moins accessibles aux jeunes.

46. L'interdiction représente un obstacle insurmontable au commerce des cigarettes aux clous de girofle de l'Indonésie, et prive celle-ci de quelque 15 millions de dollars de recettes d'exportation. L'interdiction des cigarettes aromatisées n'était pas "nécessaire", et l'interdiction de l'utilisation de certains arômes caractérisants dans les cigarettes, mais pas du menthol et du tabac, constitue donc un obstacle non nécessaire au commerce international.

C. L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994 NE S'APPLIQUE PAS PARCE QUE LA MESURE EST UNE RESTRICTION AU COMMERCE QUI SE PRÉSENTE SOUS LE COUVERT D'UNE MESURE NÉCESSAIRE POUR PROTÉGER LA SANTÉ DES PERSONNES

47. Dans certaines circonstances, l'article XX du GATT permet aux Membres de prendre des mesures qui sont incompatibles avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Les Membres peuvent, par exemple, adopter certaines mesures pour protéger la santé des personnes pour autant qu'elles ne constituent pas une "restriction déguisée au commerce" ou une "discrimination … injustifiable entre les pays". Cependant, pour les mêmes raisons que celles exposées dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la Règle spéciale, qui ne s'applique qu'à certains arômes, mais pas à tous, n'est pas justifiable et elle n'est certainement pas nécessaire pour protéger les jeunes contre le tabagisme. Par conséquent, les États-Unis ne peuvent pas se prévaloir des exceptions prévues à l'article XX.

D. LE FAIT QUE LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS JUSTIFIÉ LA RÈGLE SPÉCIALE CONSTITUAIT UNE VIOLATION DE L'ARTICLE 2.5 DE L'ACCORD OTC

48. L'article 2.5 de l'Accord OTC exige d'un Membre de l'OMC qui élabore, adopte ou applique un règlement technique qui aura un effet notable sur le commerce d'un autre Membre qu'il justifie ce règlement technique. À diverses reprises, l'Indonésie a demandé une justification, y compris le fondement scientifique de la Règle spéciale. Malgré les demandes répétées de l'Indonésie, les États-Unis ne lui ont jamais fourni de fondement ou d'explication scientifiques justifiant la Règle spéciale. De plus, les États-Unis n'ont jamais expliqué pour quelle raison il n'était pas possible de réaliser les objectifs de la Règle spéciale au moyen d'une mesure moins restrictive pour le commerce. Pour ces raisons, les États-Unis ont manqué aux obligations leur incombant au titre de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

E. LA RÈGLE SPÉCIALE EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.8 DE L'ACCORD OTC PARCE QUE L'INTERDICTION DES CIGARETTES AUX CLOUS DE GIROFLE EST BASÉE SUR DES CARACTÉRISTIQUES DESCRIPTIVES

49. L'article 2.8 de l'Accord OTC prescrit que "[d]ans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives". La Règle spéciale interdit certaines cigarettes uniquement en fonction de leurs caractéristiques descriptives. Elle interdit les cigarettes ayant un "arôme caractérisant", mais ne comprend aucune définition d'un "arôme caractérisant". La FDA n'a pas fourni d'autre indication sur ce qui constitue un "arôme caractérisant". Ni la Loi ni la Règle spéciale ne précisent les critères, propriétés d'emploi ou autres, en fonction desquels certains ingrédients, comme les clous de girofle moulus, qui sont ajoutés à des fins aromatisantes seront réputés être "caractérisants", alors que d'autres ingrédients également ajoutés à des fins aromatisantes, comme le sucre brun, ne le seront pas. Par conséquent, en basant l'interdiction énoncée dans la Règle spéciale sur des caractéristiques descriptives, les États-Unis ont agi en violation de l'article 2.8 de l'Accord OTC.

F. LES ÉTATS-UNIS NE SE SONT PAS CONFORMÉS AUX PRESCRIPTIONS DE L'ARTICLE 2 LORSQU'ILS ONT ADOPTÉ UN RÈGLEMENT TECHNIQUE QUI AVAIT UN EFFET NOTABLE SUR LE COMMERCE AVEC L'INDONÉSIE

50. L'article 2.9 de l'Accord OTC impose aux Membres de respecter diverses prescriptions de procédure avant d'adopter certains règlements techniques. Les États-Unis n'ont pas suivi plusieurs des procédures prescrites par l'article 2.9. Ils n'ont pas présenté la notification exigée par l'article 2.9.2. De plus, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.9.3 lorsque, comme il est mentionné plus haut dans le contexte de l'article 2.5, ils n'ont pas répondu à la demande d'explication sur des aspects particuliers de la Règle spéciale que leur avait adressée l'Indonésie. Pour ces raisons, les États-Unis ont agi en violation de l'article 2.9 de l'Accord OTC.

G. LES ÉTATS-UNIS ONT AGI EN VIOLATION DE L'ARTICLE 2.10 S'ILS AFFIRMENT QUE L'ARTICLE 2.9 NE DEVRAIT PAS S'APPLIQUER

51. L'article 2.10 de l'Accord OTC ménage aux Membres la possibilité de déroger à leur obligation de suivre les procédures énoncées à l'article 2.9 "si des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se posent ou menacent de se poser". Dans ces cas, le paragraphe 2.10.1 requiert des Membres qu'ils "notifie[nt] immédiatement aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, le règlement technique en question et les produits visés, en indiquant brièvement l'objectif et la raison d'être du règlement technique, y compris la nature des problèmes urgents". Si les États-Unis pensaient que des problèmes urgents exigeaient l'adoption de la

Règle spéciale, ils ont néanmoins agi en violation de l'article 2.10 parce qu'ils n'ont pas présenté la notification requise au Comité OTC.

H. LA RÈGLE SPÉCIALE NE PRÉVOIT PAS UN DÉLAI RAISONNABLE AVANT SA DATE D'ENTRÉE EN VIGUEUR, CE QUI CONSTITUE UNE VIOLATION DE L'ARTICLE 2.12 DE L'ACCORD OTC

52. L'article 2.12 de l'Accord OTC exige des Membres qu'ils ménagent un délai raisonnable entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur afin de laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs le temps de s'adapter. Aux fins de la mise en œuvre de cet article, le Comité OTC a dit que "l'expression "délai raisonnable" sera[it] interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera[it] pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés". La Loi a été signée le 22 juin 2009 et la Règle spéciale est entrée en vigueur 90 jours plus tard. Un délai de 90 jours est bien loin de satisfaire au critère du "délai raisonnable" de six mois recommandé par le Comité OTC. Ni la Loi elle-même ni aucune autre déclaration des États-Unis n'indiquent que l'entrée en vigueur de la Règle spéciale 90 jours après la signature était nécessaire pour la réalisation des objectifs de la Loi. Les États-Unis ont manqué aux obligations leur incombant au titre de l'article 2.12 de l'Accord OTC.

I. LA RÈGLE SPÉCIALE VIOLE L'ARTICLE 12.3 DE L'ACCORD OTC PARCE QUE L'INTERDICTION A CRÉÉ UN OBSTACLE NON NÉCESSAIRE AUX EXPORTATIONS D'UN PAYS EN DÉVELOPPEMENT

53. L'article 12.3 de l'Accord OTC exige des Membres qu'ils tiennent compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres de l'OMC afin que les règlements techniques ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par la Règle spéciale n'était pas nécessaire et a complètement éliminé les exportations de cigarettes aux clous de girofle de l'Indonésie, qui est de loin le principal producteur de cigarettes aux clous de girofle vendues aux États-Unis. Ces derniers n'ont pas tenu compte des préoccupations exprimées à plusieurs reprises par l'Indonésie et ont adopté une interdiction des cigarettes aux clous de girofle alors que des approches moins restrictives pour le commerce étaient applicables. Par conséquent, les États-Unis ont agi en violation de l'article 12.3 de l'Accord OTC dans l'élaboration et l'application de la Règle spéciale.

J. LA RÈGLE SPÉCIALE A ANNULÉ OU COMPROMIS DES AVANTAGES REVENANT DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT À L'INDONÉSIE

54. L'article XXIII:1 a) du GATT dispose qu'un Membre a un motif d'action et établit *prima facie* qu'il y a annulation ou réduction d'avantages s'il montre "qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées au titre du présent accord …" Les violations de l'Accord OTC et du GATT de 1994 par les États-Unis qui ont été démontrées plus haut créent une présomption d'annulation ou de réduction d'avantages. De plus, il existe des éléments de preuve factuels déterminants qui indiquent que la concession tarifaire accordée pour les cigarettes aux clous de girofle dont bénéficiait jusqu'alors l'Indonésie a été annulée ou compromise par la Règle spéciale.

IV. CONCLUSION

55. Pour les raisons qui précèdent, l'Indonésie a l'honneur de demander que le Groupe spécial constate que la Règle spéciale est incompatible avec les obligations incombant aux États-Unis au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994. L'Indonésie demande en outre que le Groupe spécial recommande aux États-Unis de rendre leurs mesures conformes à leurs obligations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994.

ANNEXE A-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

I. INTRODUCTION

1. L'Indonésie conteste la distinction particulière établie par l'article 907 a) 1) A) de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial, qui interdit toutes les cigarettes ayant un arôme caractérisant (y compris un arôme de clou de girofle), mais pas les cigarettes au tabac ou mentholées, que des dizaines de millions d'Américains fument chaque jour. La distinction entre ces types de cigarettes n'a pas été établie sur la base de l'origine nationale des produits. Elle n'a pas été établie sur la base du protectionnisme (somme toute, la loi dans son intégralité cible les cigarettiers des États-Unis). En fait, la distinction a été établie pour la protection de la santé publique sur la base d'éléments de preuve indiquant que certains produits présentaient un risque particulier pour les jeunes et que les conséquences négatives de leur interdiction étaient minimes, voire nulles. Les éléments de preuve montrent que les cigarettes aromatisées aux clous de girofle et à d'autres arômes, comme la cerise, le chocolat ou le cola, présentent un attrait particulier pour les jeunes. Il a été décidé d'interdire les cigarettes aux clous de girofle et les autres cigarettes aromatisées pour protéger la santé publique. Il n'a jamais été dans l'intention des Membres de l'OMC qu'une mesure de ce type soit contraire aux obligations souscrites dans le cadre de l'OMC, et cette mesure est entièrement compatible avec ces règles.

2. S'agissant des allégations formulées dans la présente affaire, la République d'Indonésie ("Indonésie") ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait. Concernant le traitement national, les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas des produits similaires aux cigarettes en général et aux cigarettes mentholées en particulier. Par ailleurs, l'Indonésie n'a pas présenté d'éléments de preuve indiquant que le traitement différent accordé aux cigarettes aux clous de girofle par rapport aux produits non interdits était moins favorable sur la base de l'origine. Par conséquent, les États-Unis ont agi d'une manière compatible avec leurs obligations en matière de traitement national. Il est également clair que l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant au titre de l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC"). En fait, elle n'a pas produit le moindre élément de preuve indiquant qu'il existait une mesure de rechange raisonnablement applicable qui réalisait l'objectif légitime des États-Unis au niveau que les États-Unis considéraient comme approprié et qui était sensiblement moins restrictive pour le commerce. De la même manière, l'Indonésie ne s'est pas non plus acquittée de la charge lui incombant de prouver les autres allégations qu'elle a également formulées au titre de l'Accord OTC.

II. ARGUMENTATION JURIDIQUE

A. L'ARTICLE 907 A) 1) A) N'EST PAS INCOMPATIBLE AVEC LES DISPOSITIONS DU GATT DE 1994 OU DE L'ACCORD OTC RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL

3. L'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 et avec l'article 2.1 de l'Accord OTC sur la base d'une analyse erronée et d'éléments de preuve insuffisants indiquant que l'article 907 a) 1) A) accorde aux cigarettes importées d'Indonésie un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux cigarettes produites aux États-Unis. L'argument de l'Indonésie se résume à affirmer que l'article III:4 du GATT de 1994 empêche les États-Unis d'interdire une catégorie spécifique de cigarettes, incluant les cigarettes aux clous de girofle, à moins qu'ils n'interdisent aussi les cigarettes produites dans le pays qui sont vendues aux États-Unis, sans exception. Cependant, l'Indonésie ne démontre pas que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes produites dans le pays (en particulier, les cigarettes au tabac et

les cigarettes mentholées). Deuxièmement, l'Indonésie ne montre pas que l'article 907 a) 1) A) accorde un traitement moins favorable aux cigarettes aux clous de girofle sur la base de leur origine nationale.

B. L'ARTICLE 907 A) 1) A) N'EST PAS INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE III:4 DU GATT

4. L'Indonésie affirme que les cigarettes nationales et les cigarettes aux clous de girofle sont des produits "similaires" en ce qui concerne l'article 907 a) 1) A). Cependant, l'analyse ci-dessous démontrera que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas dans un rapport de concurrence avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées et ne sont pas substituables ou interchangeables pour les détaillants ou les consommateurs. En outre, une détermination de la "similarité" – en plus de s'attacher au rapport de concurrence entre les produits – devra analyser avec soin l'importance des caractères que toutes les cigarettes ont généralement en commun et des caractères qui sont importants du point de vue de la disposition relative à la santé publique qui est en cause.

5. Composition physique. La composition physique des cigarettes aux clous de girofle est différente de celle des cigarettes au tabac et des cigarettes mentholées. Les clous de girofle sont des boutons floraux séchés qui proviennent du giroflier. Ils confèrent un arôme et un parfum doux et épicés. Le clou de girofle est un ingrédient important des cigarettes aux clous de girofle. Les cigarettes aux clous de girofle contiennent généralement 60 pour cent de tabac et 40 pour cent de clous de girofle et de cacao. Les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées ne contiennent pas d'importantes quantités d'ingrédients alimentaires. En outre, contrairement aux autres cigarettes, les cigarettes aux clous de girofle contiennent des quantités importantes d'eugénol, lequel a un effet anesthésiant et engourdissant dont on dit qu'il attire les nouveaux fumeurs. Les cigarettes aux clous de girofle contiennent aussi une "sauce" spéciale exclusive à laquelle est imputable une partie de leur attrait. Les fabricants de cigarettes aux clous de girofle introduisent ces additifs aromatisants physiquement différents dans le but de différencier les cigarettes aux clous de girofle des autres cigarettes, et ils sont parvenus à le faire. En somme, les cigarettes aux clous de girofle ont un goût différent de celui des autres cigarettes. Elles contiennent aussi une substance chimique délétère, la coumarine, que l'on ne retrouve plus dans la plupart des cigarettes, et une série d'autres composés aromatisants que l'on ne trouve généralement pas dans les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées. Contrairement au clou de girofle, qui constitue en poids près de la moitié d'une cigarette aux clous de girofle, le menthol constitue moins d'un pour cent d'une cigarette mentholée. De plus, les cigarettes mentholées ne contiennent généralement pas de coumarine ni divers autres composés aromatiques que l'on retrouve habituellement dans les cigarettes aux clous de girofle.

6. Utilisations finales. Les cigarettes ont au moins deux utilisations finales aux États-Unis, que permettent à des degrés divers les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac. Les cigarettes ont pour utilisation finale de satisfaire une dépendance à la nicotine. Les éléments de preuve montrent notamment que la grande majorité des quelque 46 millions de fumeurs américains réguliers consomment des cigarettes au tabac ou des cigarettes mentholées. Les cigarettes ont aussi pour utilisation finale de procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée. Les éléments de preuve laissent entendre que les cigarettes aux clous de girofle et les autres cigarettes ayant des arômes caractérisants, en particulier, permettent cette utilisation finale aux États-Unis, principalement chez les jeunes.

7. Goûts et habitudes des consommateurs. L'Organe d'appel a insisté sur le fait que dans les cas où, comme en l'espèce, les propriétés physiques des produits étaient très différentes, un examen des éléments de preuve relatifs aux goûts et habitudes des consommateurs était indispensable pour déterminer la "similarité". La question de savoir si les produits sont "interchangeables" ou "substituables" de l'avis des consommateurs, ce qui démontrerait l'existence d'un rapport de concurrence, se situe au cœur de cette analyse.

8. Contrairement à ce qui se passait dans des affaires où des groupes spéciaux ont constaté que les consommateurs percevaient et utilisaient les produits comme des produits interchangeables et substituables, dans la présente affaire, les consommateurs différencient clairement les produits. L'Indonésie n'a présenté aucun élément de preuve démontrant que les cigarettes aux clous de girofle cherchaient à concurrencer les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées, ou que les consommateurs les considéraient comme des produits substituables. Les cigarettes aux clous de girofle sont commercialisées, vendues et consommées comme un produit du tabac "pour les occasions spéciales", alors que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont commercialisées, vendues et consommées comme une cigarette ordinaire d'usage quotidien. Les cigarettes aux clous de girofle sont fumées majoritairement par des jeunes, qui sont généralement des fumeurs débutants. Les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont régulièrement consommées par une grande proportion de jeunes, mais surtout par des adultes, qui en fument régulièrement. Les cigarettes aux clous de girofle ne leur faisaient pas concurrence sur le marché de la "consommation régulière". L'Indonésie affirme, mais n'a fourni aucun élément de preuve pour le démontrer, que les cigarettes aux clous de girofle sont en concurrence avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées pour l'accès aux réseaux de distribution, le linéaire ou la part de marché. Les éléments de preuve existants concernant les goûts et habitudes des consommateurs semblent indiquer que les cigarettes aux clous de girofle sont consommées "de manière similaire" aux autres arômes interdits au titre de l'article 907 a) 1) A). Les cigarettes aux clous de girofle – tout comme les cigarettes au chocolat, ou les cigarettes "Midnight Madness" ou "Mandalay Lime" – sont choisies presque exclusivement par des jeunes, à titre expérimental ou pour des "occasions spéciales". En tant que telles, elles ont pour effet de rendre le tabac attrayant, en particulier pour les nouveaux consommateurs. L'Indonésie présente des données non fiables pour laisser entendre que le mode de consommation des cigarettes aux clous de girofle est similaire à celui des cigarettes au tabac ou des cigarettes mentholées, mais à une plus petite échelle. De plus – ce qui est révélateur – l'Indonésie ne conteste pas le fait capital que les cigarettes aux clous de girofle sont consommées par une proportion insignifiante d'adultes.

9. Classement tarifaire international. Les États-Unis estiment que le traitement fiscal de deux produits différents devrait très peu peser dans l'analyse du "produit similaire" lorsque la mesure nationale à l'examen est adoptée, non à des fins fiscales, mais à des fins de protection de la santé des personnes.

10. Conclusion concernant le produit similaire. L'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de prouver que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées. Comme il a été indiqué, les "quatre facteurs" appliqués ci-dessus sont pris en considération par les groupes spéciaux dans la mesure où ils facilitent une détermination de la similarité. En l'espèce, les facteurs définissent un cadre qui permet d'arriver aux conclusions cruciales suivantes: 1) les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas dans un rapport de concurrence avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées, et 2) les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas interchangeables avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées ni substituables à ces cigarettes. Ce ne sont pas des produits similaires.

11. Traitement moins favorable sur la base de l'origine. Une mesure viole les dispositions de l'article III:4 du GATT si elle accorde à un produit importé un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à un produit national similaire sur la base de l'origine nationale. Même si l'on met de côté le fait que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas des produits similaires aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées, l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de démontrer que les cigarettes aux clous de girofle sont soumises à un traitement moins favorable sur la base de leur origine nationale. L'article III n'interdit pas aux Membres d'établir des distinctions réglementaires entre des produits différents qui peuvent relever d'une catégorie unique de "produits similaires" aux fins de l'article III. L'article III interdit plutôt aux Membres d'accorder un traitement moins favorable– *de jure* ou *de facto* – aux produits importés par rapport aux produits nationaux.

12. Pas de discrimination *de jure*. L'interdiction des cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que le tabac ou le menthol s'applique de la même manière à toutes les cigarettes vendues aux États-Unis, quel que soit l'endroit où elles sont produites. En l'espèce, la mesure en cause est neutre telle qu'elle est libellée, et c'est à l'Indonésie qu'il incombe de prouver que, telle qu'elle est appliquée, la mesure établit une discrimination entre les cigarettes indonésiennes et les cigarettes nationales sur la base de l'origine et accorde un traitement moins favorable aux produits importés par rapport aux produits nationaux.

13. Pas de discrimination *de facto*. L'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de prouver l'existence d'une discrimination *de facto*. Premièrement, elle ne précise pas *quels* produits sont, selon ses allégations, soumis à un traitement différent. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie fait valoir que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes produites dans le pays, sans exception. Il apparaît donc que l'Indonésie serait d'avis qu'une interdiction par les États-Unis des cigarettes qui ont un arôme caractérisant incluant celui du clou de girofle établirait une discrimination sur la base de l'origine, sauf si les États-Unis interdisaient aussi *toutes* les cigarettes produites dans le pays, aromatisées ou autres.

14. Deuxièmement, le fait que l'Indonésie insiste pour dire que l'article 907 a) 1) A) viole l'article III:4 du GATT parce qu'il établit une distinction entre les cigarettes aux clous de girofle et, apparemment, toute cigarette nationale est incompatible avec l'interprétation que l'Organe d'appel a donnée du "traitement moins favorable" – même s'il devait être déterminé que les cigarettes aux clous de girofle et toutes les cigarettes nationales sont des produits "similaires". L'Organe d'appel reconnaît qu'un Membre peut établir des distinctions entre des produits dont il a été déterminé qu'ils étaient "similaires" sans protéger la production nationale ni accorder un traitement moins favorable aux produits importés.

15. Les mesures qui ne traitent pas les produits différemment sur la base de l'origine, et pour lesquelles les effets qui en résultent ne sont pas liés à l'origine du produit, ne sont pas des mesures qui protègent la production nationale. L'application de l'article 907 a) 1) A) est entièrement compatible avec l'objet et le but de la FSPTCA et avec l'approche des États-Unis concernant la réglementation du tabac en général. Un produit indonésien est affecté de manière défavorable par l'article 907 a) 1) A), non par suite d'une discrimination fondée sur l'origine, mais parce que les autorités sanitaires des États-Unis ont déterminé de manière légitime que les cigarettes aux clous de girofle relevaient d'une catégorie de cigarettes qu'il convenait d'interdire sur le marché des États-Unis pour protéger la santé publique. L'article 907 a) 1) A) établit une distinction entre les cigarettes selon qu'il est approprié pour la santé publique, et non sur la base de l'origine nationale des produits.

16. L'article 907 a) 1) A) ne protège pas non plus la production nationale. Il s'applique à une vaste gamme de cigarettes fabriquées aux États-Unis qui étaient destinées au marché des États-Unis. L'industrie du tabac des États-Unis a consacré plus d'une décennie et des sommes incalculables au développement et à la recherche, ainsi qu'à la commercialisation de cigarettes aux arômes "exotiques" destinées au marché des États-Unis et elle ne peut maintenant vendre aucun de ces produits aux consommateurs ciblés. En outre, l'article 907 a) 1) A) fait partie d'une loi plus générale qui impose une série de restrictions à toutes les cigarettes vendues aux États-Unis, dont près de la totalité – 97 pour cent – sont produites aux États-Unis. L'article III:4 protège les Membres contre une discrimination fondée sur l'origine – mais il ne protège pas les produits étrangers contre tous les effets défavorables d'une mesure qui, dans la poursuite d'un objectif légitime, a une incidence défavorable sur un produit étranger.

C. L'ARTICLE 907 A) 1) A) N'EST PAS INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

17. Les États-Unis tiennent à faire observer que certaines différences textuelles et contextuelles devraient être prises en compte dans l'analyse de la "similarité" et du "traitement moins favorable" par le Groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Une différence de ce type que le Groupe spécial devrait prendre en considération est le libellé figurant dans le préambule de l'Accord OTC qui dit que "rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires … à la protection de la santé et de la vie des personnes". Il conviendrait aussi de noter que la partie pertinente de l'article 2.1 dit que "[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 …". (pas d'italique dans l'original) L'obligation énoncée à l'article 2.1 s'applique donc "pour ce qui concerne" un règlement technique. Une analyse du produit similaire au titre de l'Accord OTC doit donc veiller à établir une distinction entre les caractéristiques qui font qu'un produit ou un groupe de produits est identifiable aux fins du règlement et les caractéristiques qui démontrent l'existence d'un rapport de concurrence ou d'une substituabilité sur le marché.

D. L'ARTICLE 907 A) 1) A) N'EST PAS INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

18. L'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre un objectif légitime et qu'il est par conséquent incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Les arguments de l'Indonésie devraient être rejetés.

19. D'une manière générale, l'article 907 a) 1) A) réalise l'objectif légitime de protection de la santé publique. En particulier, l'objectif légitime de l'article 907 a) 1) A) est de réduire le tabagisme chez les jeunes selon qu'il est approprié pour la protection de la santé publique, compte tenu des conséquences négatives résultant de l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants. Ces conséquences négatives peuvent comprendre l'incidence inconnue, mais peut-être négative, sur la santé des fumeurs adultes et sur le système de soins de santé des États-Unis de façon générale, ainsi que l'essor du marché noir des cigarettes déjà existant aux États-Unis. Ne pas tenir compte du risque que représentent de tels facteurs, que la FDA et d'autres organisations étudient encore, pourrait entraîner une dégradation, et non une amélioration, de la santé publique aux États-Unis.

20. Étant donné l'importance de la santé publique, les États-Unis ont choisi un niveau de protection élevé. Eu égard aux efforts longs et décevants du gouvernement des États-Unis pour essayer de limiter le tabagisme chez les jeunes, ce niveau de protection élevé est attesté par la mesure appliquée – une interdiction. Comme nous l'expliquons plus bas, l'article 907 a) 1) A) réalise incontestablement cet objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent comme approprié. Enfin, l'Indonésie n'a pas établi qu'une quelconque mesure de rechange réalisait l'objectif légitime des États-Unis au niveau qu'ils considéraient comme approprié et qui était aussi sensiblement moins restrictive pour le commerce que l'article 907 a) 1) A). Par conséquent, l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant d'établir l'existence d'une infraction à l'article 2.2.

21. La mesure vise de façon générale à réaliser l'objectif de protection de la santé publique. En particulier, la première partie de la mesure, à savoir l'interdiction, vise à réaliser l'objectif consistant à réduire la proportion des jeunes qui deviennent des fumeurs en éliminant du marché certains produits qui présentent pour eux un attrait particulier. La deuxième partie de la mesure, à savoir l'exception limitée à l'interdiction, vise à faire en sorte qu'une interdiction qui réduit le tabagisme chez les jeunes soit appropriée pour la protection de la santé publique même compte tenu des conséquences négatives que le fait d'éliminer du marché des produits dont des millions d'adultes sont dépendants risque d'avoir pour les fumeurs adultes, le système de soins de santé des États-Unis et la société de façon plus générale.

22. L'objectif légitime est la protection de la santé des personnes, laquelle est explicitement énumérée en tant qu'objectif légitime à l'article 2.2. De plus, la liste des objectifs légitimes figurant dans l'article 2.2 n'est pas exhaustive, ainsi que le confirme l'inclusion de l'expression "entre autres", point qu'a confirmé le Groupe spécial *CE – Sardines*, qui a constaté que deux objectifs non énumérés à l'article 2.2 étaient légitimes. La mesure cherche à réduire le tabagisme chez les jeunes selon qu'il est approprié pour la protection de la santé publique, compte tenu du risque de conséquences négatives (y compris l'incidence négative sur la santé des fumeurs adultes dépendants, la protection de l'intégrité du système de soins de santé national et la limitation de l'essor d'un marché noir non réglementé et illégal).

23. L'article 907 a) 1) A) réalise l'objectif légitime de protection de la santé publique en réduisant le tabagisme chez les jeunes tout en évitant les conséquences négatives qui pourraient résulter de l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont dépendants en interdisant seulement les produits qui servent de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs, et qui ne sont pas consommés régulièrement par les fumeurs adultes. C'est ce que montrent les éléments de preuve indiquant que les cigarettes aromatisées – à l'exception des cigarettes mentholées – sont consommées de manière disproportionnée par les jeunes fumeurs débutants (aussi bien les mineurs que les jeunes adultes) plutôt que les fumeurs adultes plus âgés et déjà dépendants.

24. Un Membre est habilité à faire en sorte que ses mesures respectent son niveau de protection, qu'il peut se fixer à n'importe quel niveau qu'il juge approprié. Bien que la proportion de fumeurs chez les jeunes, ainsi que dans la population dans son ensemble, soit en recul depuis un certain nombre d'années, le Congrès a constaté que le nombre de fumeurs, en particulier de jeunes fumeurs, restait "élevé et inacceptable". L'article 907 a) 1) A) représente une restriction générale de la vente des produits qui attirent les jeunes, mais dont la consommation régulière par les fumeurs adultes est négligeable, et il était une étape nécessaire pour réduire encore plus le tabagisme chez les jeunes étant donné que les efforts antérieurs visant, par exemple, à restreindre la publicité avaient, selon les propres termes du Congrès, "échoué". En conséquence, la gravité du problème du tabagisme chez les jeunes est attestée par le type de mesure employée par le Congrès – une interdiction. Le fait que l'article 907 a) 1) A) prohibe les cigarettes aromatisées qui ne sont consommées qu'en tant que produits "d'apprentissage", tout en exemptant les produits qui ne présentent pas un attrait seulement pour les jeunes, réalise l'objectif légitime de protection de la santé publique au niveau que les États-Unis considèrent comme approprié.

25. L'article 2.2 de l'Accord OTC dispose que les règlements techniques ne seront pas "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser un objectif légitime. Une mesure qui réalise son objectif légitime au niveau que le Membre juge approprié n'est pas, en droit, plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire à moins que le Membre plaignant ne prouve qu'il existe une mesure de rechange qui est raisonnablement applicable, qui réalise aussi l'objectif légitime du Membre défendeur au niveau que le Membre importateur juge approprié et qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée. L'Indonésie n'a présenté aucun élément de preuve établissant que ne serait-ce qu'une seule des nombreuses mesures qu'elle a tirées de diverses sources satisfaisait à cette norme et, par conséquent, elle ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant d'établir *prima facie* l'existence d'une incompatibilité.

26. L'Indonésie fait valoir que le Groupe spécial devrait se servir du sens du terme "nécessaire", tel qu'il est utilisé à l'article XX du GATT de 1994 et tel que l'ont interprété l'Organe d'appel et des groupes spéciaux antérieurs, pour circonscrire le critère "plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire" qui figure à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Une telle approche est dénuée de fondement et injustifiée. L'interprétation appropriée de ce critère découle du texte de l'article 2.2 lui-même et de tout contexte pertinent conformément aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Le mot "nécessaire" figurant à l'article XX est utilisé dans un sens différent qui couvre un ensemble de circonstances différent. Par conséquent, il ne serait pas approprié d'appliquer la même

approche interprétative que celle qui est suivie par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel en ce qui concerne le mot "nécessaire" apparaissant à l'article XX du GATT de 1994.

27. Aux paragraphes 106 à 111, l'Indonésie énumère simplement un certain nombre de restrictions différentes tirées d'autres parties de la FSPTCA, de l'Accord d'expédient conclu en 2006 avec R. J. Reynolds, des législations de Singapour et de l'Australie, et de la *Convention-cadre pour la lutte antitabac*. L'Indonésie fait brièvement référence à ces restrictions sans fournir d'éléments de preuve indiquant que l'une quelconque de ces restrictions réalise l'objectif des États-Unis au niveau de protection qu'ils jugent approprié ou est sensiblement moins restrictive pour le commerce que l'article 907 a) 1) A). Une partie plaignante ne peut pas se libérer de la charge qui lui incombe d'établir des éléments *prima facie* en faisant simplement référence à des mesures de rechange – elle doit établir à l'aide d'éléments de preuve suffisants une présomption d'incompatibilité avec chaque partie du critère juridique.

E. L'INDONÉSIE N'A PAS MONTRÉ QUE LES ÉTATS-UNIS AVAIENT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC D'AUTRES ARTICLES DE L'ACCORD OTC

28. Article 2.5. L'Indonésie soutient que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'Accord OTC en ne fournissant pas à ses questions concernant l'article 907 a) 1) A) "une réponse complète" qui apporte des "preuves scientifiques" et "fait référence aux termes de l'article 2.2, 2.3 et 2.4 de l'Accord OTC". L'Indonésie comprend mal l'obligation. Dans le présent différend, les États-Unis ont agi d'une manière compatible avec l'article 2.5 et ont expliqué les objectifs de leur mesure et justifié sa promulgation. En fait, les États-Unis et l'Indonésie ont eu de nombreux échanges sur cette question. Par exemple, les États-Unis sont convenus de prendre des dispositions spéciales pour tenir des discussions bilatérales avec l'Indonésie à Genève le 27 août 2009. Dès la semaine suivante, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, M. l'Ambassadeur Ronald Kirk, a discuté des préoccupations de l'Indonésie alors qu'il assistait à une réunion ministérielle de l'OMC en Inde. Cet échange a ensuite été lui-même suivi d'un débat sur la question entre les délégations des deux pays à la réunion du Comité OTC de novembre 2009.

29. Article 2.8. L'Indonésie soutient que l'article 2.8 de l'Accord OTC dispose que "les règlements techniques d'un Membre doivent exiger que les produits aient certaines propriétés d'emploi au lieu de simplement définir comment les produits doivent être fabriqués ou ce qu'ils doivent contenir". L'Indonésie dit pour conclure qu'"en basant l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle énoncée dans la Règle spéciale sur des caractéristiques descriptives, les États-Unis ont agi en violation de l'article 2.8 de l'Accord OTC". L'argument de l'Indonésie est erroné.

30. Dans son argument, l'Indonésie ne tient pas compte de la limitation fondamentale énoncée à l'article 2.8 – à savoir que l'obligation de définir les règlements techniques en fonction des caractéristiques relatives aux propriétés d'emploi ne s'applique que dans les cas où il est "approprié" de le faire. Comme il est indiqué plus haut, le Congrès a choisi de structurer l'article 907 a) 1) A) en fonction des caractéristiques descriptives étant donné que ce sont les additifs, arômes, extraits végétaux et épices qui créaient le risque auquel l'article 907 a) 1) A) visait à répondre. Par conséquent, il était "approprié" que le Congrès structure l'article 907 a) 1) A) en fonction des caractéristiques descriptives du produit. Par ailleurs, c'est à l'Indonésie qu'incombe la charge d'établir l'existence d'une infraction à l'article 2.8. Or, elle n'a même pas avancé de raison pour justifier le fait qu'il n'était pas "approprié" de structurer l'article 907 a) 1) A) en fonction des caractéristiques descriptives.

31. Article 2.9. L'Indonésie soutient que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9 de l'Accord OTC en ne notifiant pas l'article 907 a) 1) A). C'est à l'Indonésie qu'incombe la charge de prouver chaque élément de son allégation.

32. Article 2.12. L'Indonésie fait aussi valoir que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'Accord OTC parce qu'ils n'ont ménagé qu'un délai de trois mois entre la date de publication de la FSPTCA et sa date d'entrée en vigueur. Là encore, l'argument de l'Indonésie est erroné. Son argument selon lequel le délai de 90 jours ménagé par les États-Unis n'était pas raisonnable s'appuie sur une décision du Comité OTC. En citant la décision du Comité OTC, l'Indonésie n'établit pas que les États-Unis ont contrevenu à l'article 2.12 de l'Accord OTC pour de nombreuses raisons. Étant donné que la décision du Comité OTC ne lie pas l'ensemble des Membres de l'OMC, et étant donné le caractère conditionnel de son libellé, la détermination sur le point de savoir si un délai particulier est "raisonnable" doit être faite par un groupe spécial au cas par cas. En l'espèce, l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de démontrer que le délai de 90 jours ménagé par les États-Unis n'était pas raisonnable.

33. Article 12.3. Enfin, l'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 12.3 de l'Accord OTC. Pour établir l'existence d'une violation de l'article 12.3, la partie plaignante doit démontrer: 1) qu'elle est un pays en développement; 2) que l'autre Membre n'a pas tenu compte des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce durant l'élaboration et l'application d'un règlement technique; et 3) que ledit Membre n'a pas tenu compte de ces besoins *pour* faire en sorte que le règlement technique ne crée pas d'obstacles non nécessaires aux exportations.

34. En l'espèce, l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de prouver ces éléments. À supposer, pour les besoins de l'argumentation, qu'elle soit un pays en développement, l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis n'avaient pas tenu compte d'un ou de plusieurs de ses besoins spéciaux pour la promulgation de la FSPTCA. Au contraire, au cours des cinq années qui ont séparé le moment où le projet de loi initial a été présenté pour examen à la Chambre des représentants en 2004 et celui où la loi a été promulguée en 2009, l'Indonésie a eu d'amples possibilités de faire connaître ses vues tant au Congrès qu'à l'Exécutif, et, en fait, elle a bien fait connaître ses vues. L'Indonésie a eu de nombreux échanges tant avec le Congrès qu'avec l'Exécutif, ce qui faisait que les États-Unis étaient parfaitement au courant de sa position. En donnant à l'Indonésie la possibilité de formuler des observations sur les versions précédentes de la législation, ainsi que sur la version qui a effectivement été promulguée en tant que loi des États-Unis, les États-Unis se sont acquittés de leurs obligations au titre de l'article 12.3.

F. L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST JUSTIFIÉ AU REGARD DE L'ARTICLE XX

35. L'Indonésie n'a pas établi que l'article 907 a) 1) A) était contraire aux obligations des États-Unis au titre de l'article III:4 du GATT. Si le Groupe spécial devait aborder la question des exceptions prévues par le GATT, l'application de l'article 907 a) 1) A) serait justifiée au regard de l'article XX b) du GATT. L'Organe d'appel a auparavant expliqué que, pour justifier une mesure au titre de cet article, la partie défenderesse devait démontrer que la mesure: 1) relevait de l'exception prévue à l'article XX b) et 2) satisfaisait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.

36. Des groupes spéciaux antérieurs ont indiqué que deux éléments devaient être réunis pour qu'une mesure relève de l'exception prévue à l'article XX b): 1) la politique dans laquelle s'inscrivait la mesure pour laquelle la disposition était invoquée devait entrer dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux; et 2) la mesure incompatible pour laquelle l'exception était invoquée devait être nécessaire pour atteindre l'objectif de ladite politique.

37. L'article 907 a) 1) A) a été adopté afin de protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme. Par ailleurs, l'article 907 a) 1) A) était nécessaire pour faire en sorte que des produits qui sont essentiellement consommés par les jeunes en tant que produits "pour débutants", et entrainent des années de dépendance, des problèmes de santé et peut-être la mort, ne puissent pas du tout être vendus aux États-Unis. S'agissant du dernier point, les États-Unis pensent

que le Groupe spécial devrait parvenir à la même conclusion s'il suit la méthode employée par des groupes spéciaux antérieurs pour déterminer si une mesure est nécessaire au regard de l'une des exceptions prévues à l'article XX. Confrontés à la question de savoir si une mesure était nécessaire, d'autres groupes spéciaux ont engagé "un processus consistant à soupeser et mettre en balance une série de facteurs" parmi lesquels figuraient 1) l'importance des intérêts ou des valeurs en cause; 2) la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif; et 3) le caractère restrictif de la mesure pour le commerce. Ces trois facteurs penchent tous en faveur d'une détermination établissant que l'article 907 a) 1) A) était nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes contre les risques présentés par le tabagisme, en particulier chez les jeunes.

38. Premièrement, un facteur que les groupes spéciaux examinent généralement pour déterminer si une mesure est nécessaire est l'importance des intérêts ou des valeurs en cause. Si l'intérêt en cause était d'une importance fondamentale, les groupes spéciaux antérieurs ont été plus portés à déterminer qu'une mesure était nécessaire pour réaliser son objectif déclaré. C'est le cas en l'espèce. Les États-Unis appliquent l'article 907 a) 1) A) pour protéger la santé et la vie de leur population, en particulier des jeunes.

39. Deuxièmement, pour déterminer si une mesure est nécessaire pour réaliser un certain objectif, des groupes spéciaux ont soupesé la contribution de la mesure à la réalisation de cet objectif. Une contribution existe lorsqu'il y a une véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui est de la fin et les moyens. Comme précédemment, s'ils constatent l'existence d'une véritable relation entre la mesure et l'objectif de politique qu'elle entend poursuivre, les groupes spéciaux sont plus portés à considérer que la mesure en question est nécessaire. L'article 907 a) 1) A) contribue directement à la protection de la santé et de la vie des personnes en faisant en sorte que les produits qui présentent un risque particulier pour les jeunes ne puissent pas être vendus sur le marché.

40. Troisièmement, pour décider si une mesure est nécessaire pour réaliser son objectif déclaré, des groupes spéciaux ont examiné le caractère restrictif pour le commerce de la mesure. Plus la mesure est restrictive, plus il peut falloir l'examiner avec soin pour déterminer si elle est nécessaire pour atteindre un objectif particulier. Cependant, une mesure restrictive peut quand même être considérée comme nécessaire sur la base du contexte de la situation dans laquelle le moyen de défense au titre de l'article XX b) est invoqué. Le contexte en l'espèce, comme il est indiqué plus haut, est que la proportion de jeunes fumeurs restait élevée et inacceptable au moment où la FSPTCA a été adoptée et que le Congrès a jugé approprié d'appliquer des restrictions plus sévères que celles qui avaient été appliquées jusqu'alors.

41. L'Organe d'appel a expliqué que, pour justifier une mesure au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, la partie défenderesse devait en outre montrer que la mesure satisfaisait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Pour qu'il soit satisfait aux prescriptions du texte introductif, l'Organe d'appel a expliqué dans des rapports antérieurs que la partie défenderesse devait démontrer que sa mesure: 1) n'était pas un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existaient; ou 2) une restriction déguisée au commerce international.

42. L'Organe d'appel a expliqué dans des rapports antérieurs qu'une mesure serait considérée comme étant appliquée de façon à entraîner une discrimination arbitraire ou injustifiable si trois conditions étaient réunies: 1) son application entraînait une discrimination; 2) cette discrimination était de nature arbitraire ou injustifiable; et 3) cette discrimination avait lieu entre des pays où les mêmes conditions existaient. Dans le présent différend, ces conditions ne sont pas remplies.

43. Premièrement, il n'y a absolument aucun traitement différencié, et par conséquent il ne peut pas y avoir de "discrimination", arbitraire, injustifiée ou autre. Comme il a été indiqué ci-dessus, la mesure en cause est une mesure neutre telle qu'elle est libellée qui s'applique de la même manière à toutes les cigarettes, quelle que soit leur origine.

44. Cependant, même s'il était constaté que l'article 907 a) 1) A) établissait une "discrimination", ce comportement ne pourrait pas être considéré comme "arbitraire" ou "injustifié". Si une partie défenderesse avance une justification de la mesure qui n'est pas fantaisiste, fortuite ou indéfendable, la mesure ne sera pas contraire à cet élément du texte introductif. C'est clairement le cas en l'espèce. Comme les États-Unis l'ont expliqué de manière très détaillée, la distinction que le Congrès a établie pour décider quels produits seraient interdits et quels produits ne le seraient pas n'était indubitablement ni arbitraire ni fantaisiste. Elle était plutôt fondée sur les éléments de preuve et visait à répondre à un risque spécifique pour la santé publique. Par conséquent, l'article 907 a) 1) A) n'équivaut pas à un acte de discrimination arbitraire ou injustifié.

45. La dernière prescription qu'une mesure doit respecter pour être justifiée au regard du texte introductif de l'article XX b) du GATT est qu'elle ne doit pas constituer une restriction déguisée au commerce international. Il est pertinent à cet égard d'examiner le but de la mesure pour déterminer si elle a des "objectifs protectionnistes". Si le but d'une mesure est par nature protectionniste, il est probable que la mesure sera considérée comme une restriction déguisée au commerce et ne satisfera pas aux prescriptions du texte introductif. En l'espèce, les éléments de preuve démontrent que l'article 907 a) 1) A) n'est pas une restriction déguisée au commerce.

46. En conséquence, l'article 907 a) 1) A) satisfait aux prescriptions du texte introductif et est justifié au regard de l'article XX b) du GATT.

ANNEXE B

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES COMMUNICATIONS DES TIERCES PARTIES

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

ANNEXE B-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU BRÉSIL EN TANT QUE TIERCE PARTIE

I. ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC ET ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994, ANALYSE DE LA DISCRIMINATION *DE FACTO* ET DE LA SIMILARITÉ

1. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie estime que la Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elle aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires. Les États-Unis réfutent ces allégations en affirmant que la Règle spéciale est compatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elle "*établit une distinction entre les cigarettes sur la base de leurs effets globaux sur la santé publique, et non sur la base de leur origine nationale*" et qu'elle ne protège pas la branche de production nationale.

2. Même si le Brésil partage les préoccupations des États-Unis concernant le tabagisme chez les jeunes, il pense comme l'Indonésie que la Règle spéciale établit une discrimination injustifiable à l'encontre des cigarettes importées.

3. En ce qui concerne le sens de l'expression "produits similaires", le Brésil partage l'opinion de l'Indonésie selon laquelle les quatre critères énoncés par le Groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière, tels qu'ils ont été décrits par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, peuvent être pertinents, ainsi que l'observation formulée par l'Organe d'appel dans le même appel selon laquelle "l'expression "produits similaires" se rapporte aux rapports de concurrence entre et parmi les produits" et selon laquelle "il est important … de prendre en compte les éléments de preuve qui indiquent s'il y a – ou pourrait y avoir – un rapport de concurrence sur le marché entre les produits considérés, et dans quelle mesure".

4. En l'espèce, il existe des éléments de preuve suffisants pour permettre de conclure que les cigarettes aux clous de girofle importées et les cigarettes produites aux États-Unis, en particulier les cigarettes mentholées, sont des produits similaires et que, par conséquent, le produit importé doit être traité de façon non moins favorable que les produits nationaux similaires sur le marché des États-Unis. Pour cette raison, le Brésil conclut que la Règle spéciale ne ménage pas des possibilités de concurrence égales entre les cigarettes importées (aux clous de girofle) et le produit national similaire (les cigarettes mentholées) sur le marché des États-Unis et que, par conséquent, la Règle spéciale semble être incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et également avec l'article III:4 du GATT de 1994.

II. ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

5. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie fait valoir que les États-Unis ne se sont pas conformés à l'article 2.2 de l'Accord OTC parce que les mesures en cause sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour protéger la santé des personnes. Les États-Unis estiment que les mesures en question réalisent l'objectif légitime à un niveau approprié et acceptable et ils allèguent que l'Indonésie n'a pas proposé de mesure de rechange qui aurait pu être raisonnablement applicable et sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée.

6. S'agissant de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Brésil souhaite se concentrer sur deux aspects de la mesure en cause dans le présent différend: i) la question de savoir si la Loi et la Règle spéciale poursuivent un objectif légitime, comme le prévoit l'article 2.2 de l'Accord OTC; et ii) la question de savoir si la Règle spéciale est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est "nécessaire" pour la

réalisation de cet objectif. Le Brésil croit comprendre que ces deux questions sont liées parce que, selon le texte de l'article 2.2, les mesures ne "seront" pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est "nécessaire" pour réaliser un objectif légitime. Comme l'Organe d'appel nous l'a rappelé dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif est un élément essentiel de l'analyse de la nécessité.

7. Considérant les problèmes de santé causés par les cigarettes, les actions visant à y remédier constituent une politique légitime de santé publique. Toutefois, il est à noter que les cigarettes mentholées représentent 43 pour cent des cigarettes fumées par les jeunes fumeurs aux États-Unis et l'interdiction des cigarettes imposée par la Règle spéciale ne vise pas les cigarettes mentholées. Eu égard aux faits de la cause en l'espèce, le Brésil estime qu'aux fins de l'évaluation de la conformité de la mesure avec l'article 2.2 de l'Accord OTC, l'élément essentiel que le Groupe spécial doit examiner de manière approfondie est le point de savoir si la Règle spéciale est "nécessaire" pour la réalisation de son objectif légitime.

8. Afin d'examiner l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et l'allégation d'exception formulée par les États-Unis au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 dans le présent différend, le Groupe spécial doit évaluer si la Règle spéciale est effectivement "nécessaire". Le Brésil estime que la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est particulièrement utile en l'occurrence. Pour lui, la question d'interprétation relative à la clarification du sens du terme "nécessaire" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC consiste non pas à savoir si la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est applicable; mais plutôt à savoir si le raisonnement qui est requis au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC est fondamentalement le même que celui qui est requis au titre de l'article XX du GATT de 1994. Étant donné les similitudes entre les textes respectifs des deux dispositions, et entre leurs buts respectifs, le Brésil estime que le raisonnement requis est fondamentalement le même et, par conséquent, la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est très pertinente pour la clarification de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

9. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, la contribution d'une mesure à la réalisation de son objectif est un élément essentiel pour déterminer si une mesure restrictive pour le commerce est "nécessaire". Le Brésil est d'avis que les interdictions commerciales sont soumises à un seuil de justification plus élevé que d'autres mesures moins restrictives pour le commerce et qu'elles doivent donc contribuer de manière claire et importante à la réalisation de leurs objectifs déclarés, comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*.

10. Le Brésil estime que les intérêts et valeurs sous-tendant l'objectif de la Loi sont d'une extrême importance, mais il considère que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ des restrictions commerciales imposées par la Règle spéciale jette un doute sur la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif déclaré. Du point de vue de la politique de santé, la première option que les États-Unis auraient pu envisager pour réaliser l'objectif légitime de la Loi était l'imposition d'une mesure visant toutes les cigarettes aromatisées, nationales et importées, y compris les cigarettes mentholées. Toutefois, la Règle spéciale a choisi de ne pas interdire le type précis d'arôme qui est le plus fréquemment consommé par les jeunes fumeurs. Cette exclusion explicite d'un produit national similaire – aussi mauvais pour la santé – du champ de la mesure jette un doute sur la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif déclaré.

11. En outre, afin d'être conforme à l'article 2.2 de l'Accord OTC, un règlement technique ne doit pas être "plus restrictif pour le commerce qu'il" n'est nécessaire pour la réalisation de son objectif légitime, ce qui suppose qu'il faut examiner si des mesures moins restrictives pour le commerce sont applicables et permettent la réalisation du même objectif de politique. À cette fin, le Brésil estime que le Groupe spécial devrait examiner soigneusement si l'Indonésie a fourni des éléments *prima facie* concernant l'existence de mesures moins restrictives pour le commerce qui permettent de réaliser

l'objectif déclaré de la Loi et, dans l'affirmative, si les États-Unis se sont dûment acquittés de la charge de prouver que les mesures indiquées par l'Indonésie ne permettent pas de réaliser l'objectif de la Loi.

III. ARTICLE 2.8 DE L'ACCORD OTC

12. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie allègue que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.8 de l'Accord OTC parce que la Règle spéciale établie dans la Loi est basée sur des caractéristiques descriptives plutôt que sur des propriétés d'emploi. Les États-Unis soulignent qu'il est impératif d'analyser les mots "dans tous les cas où cela sera approprié" lors de l'interprétation de l'article 2.8 et ils estiment que les termes susmentionnés autorisent les Membres à structurer leurs règlements sur la base de caractéristiques descriptives dans les cas où "cela sera approprié".

13. Il ressort d'une simple lecture de l'article 2.8 de l'Accord OTC que les "caractéristiques descriptives" peuvent ne pas constituer une base appropriée pour des règlements techniques. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas dans tous les cas. Selon l'article 2.8 de l'Accord OTC, cette obligation s'applique uniquement "dans tous les cas où cela sera approprié".

14. Compte tenu du sens ordinaire de ces mots et de leur contexte, on peut conclure que le terme "approprié" doit être interprété comme se situant quelque part entre les termes "commode" et "impératif". Le Brésil croit comprendre que l'on a inclus l'expression "dans tous les cas où cela sera approprié" dans l'article 2.8 de l'Accord OTC pour tenir compte du fait que tous les produits ne pouvaient pas être définis en fonction des propriétés d'emploi; mais dans les cas où un produit peut être défini en fonction des propriétés d'emploi, un règlement technique ne sera pas basé sur la conception ou les caractéristiques descriptives.

15. En résumé, lorsqu'il examinera l'expression "dans tous les cas où cela sera approprié" figurant à l'article 2.8 de l'Accord OTC, le Groupe spécial devrait accorder une attention spéciale à l'objectif et au but de la disposition afin de s'assurer qu'elle n'est pas rendue moins contraignante que son texte et son contexte ne le laissait supposer.

ANNEXE B-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DU BRÉSIL À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

I. DÉMONSTRATION DE L'EXISTENCE D'UNE DISCRIMINATION *DE FACTO* AU TITRE DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

1. Dans leur première communication écrite, les États-Unis défendent une interprétation de l'article III:4 du GATT de 1994 qui exigerait des éléments de preuve concernant des effets préjudiciables fondés sur l'origine sur le produit importé en tant que condition préalable à la démonstration de l'existence d'une discrimination *de facto*. Selon ce point de vue, s'il était constaté qu'un facteur ou une circonstance autre que l'origine étrangère du produit constituait la base de la discrimination, il n'y aurait pas de violation de l'article III:4, parce que, d'après les allégations, la mesure ne protégerait pas la production nationale dans un tel cas.

2. L'expression "traitement non moins favorable", telle qu'elle figure à l'article III:4 du GATT de 1994, a été interprétée par l'Organe d'appel comme n'empêchant pas les Membres de traiter les produits importés et les produits nationaux différemment, mais plutôt comme garantissant des conditions de concurrence exemptes de distorsions entre les produits importés et les produits nationaux similaires. Par conséquent, les effets différenciés d'une mesure sur des produits importés et des produits nationaux similaires ne peuvent être justifiés que s'ils ne modifient pas les conditions de concurrence en faveur des produits nationaux.

3. Le Brésil est d'avis que pour déterminer si une mesure modifie les conditions de concurrence entre des produits importés et les produits nationaux similaires, une seule caractéristique ou un seul effet de la mesure ne peut être déterminant en soi. Il est vrai que les différences de traitement des produits importés par rapport aux produits nationaux similaires ne peuvent pas toutes être considérées comme constituant une violation de l'article III:4, conformément à la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*. Néanmoins, il est également vrai qu'une mesure qui, du fait de sa conception, de ses principes de base et de sa structure, modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés similaires est donc une mesure qui "protège la production nationale", même si cette mesure n'est pas basée sur l'origine étrangère du produit défavorisé.

4. Au vu des considérations qui précèdent, le Brésil estime que dans une analyse au titre de l'article III:4, la question cruciale est celle de savoir jusqu'à quel point l'application d'une mesure se traduit par un traitement moins favorable du produit importé, indépendamment de l'objectif déclaré de la mesure. En conséquence, le Brésil pense que le Groupe spécial devrait centrer son évaluation sur l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article III:4 concernant les caractéristiques de la mesure litigieuse des États-Unis, ainsi que sur ses effets réels sur la concurrence sur le marché des cigarettes des États-Unis dans son ensemble, et qu'il devrait peser soigneusement tous les éléments de preuve en cause dans le présent différend.

ANNEXE B-3

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA COLOMBIE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

I. INTRODUCTION

1. La Colombie intervient dans la présente affaire en raison de son intérêt systémique dans l'application de plusieurs dispositions des accords visés de l'OMC qui sont examinées en l'espèce.

2. La Colombie ne se prononce pas d'une manière définitive sur les faits de la cause en l'espèce – qui dépendent largement d'éléments de preuve scientifiques –, mais elle présente ses vues sur certaines des allégations juridiques formulées par les parties au différend. Tout d'abord, la Colombie abordera la question de la similarité au titre de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* (l'"Accord OTC") et du GATT. Elle formulera ensuite des observations sur la prescription relative à la *nécessité* énoncée à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Après cela, elle présentera son évaluation du critère juridique d'interprétation au titre de l'article XX b) du GATT de 1994. Enfin, la Colombie formulera quelques observations concernant le traitement spécial et différencié prévu par l'article 12 de l'Accord OTC.

II. TRAITEMENT PLUS FAVORABLE ACCORDÉ À CERTAINES CIGARETTES PRODUITES OU VENDUES AUX ÉTATS-UNIS PAR RAPPORT AUX CIGARETTES IMPORTÉES D'INDONÉSIE

3. L'Indonésie allègue que l'article 101 b) de la *Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial* (la "Règle spéciale") accorde aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires nationales, tant au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC qu'au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.[1] En réponse, les États-Unis allèguent que l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait de prouver que les cigarettes aux clous de girofle étaient des produits similaires aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées et que la Règle spéciale accordait un traitement moins favorable aux cigarettes aux clous de girofle par rapport aux cigarettes au tabac ou aux cigarettes mentholées sur la base de leur origine nationale.[2]

4. La Colombie indique qu'afin de déterminer si les cigarettes aux clous de girofle sont des produits similaires aux cigarettes mentholées et aux cigarettes au tabac, il faut accorder une attention spéciale aux goûts et habitudes des consommateurs, comme l'a fait le Groupe spécial chargé de l'affaire *Indonésie – Automobiles*, dans laquelle un équilibre a été établi dans la reconnaissance de certains véhicules comme étant ou non similaires. Dans cette affaire, le Groupe spécial a été d'avis que: "même s'il [pouvait] exister une préférence des consommateurs pour telle ou telle marque, il [était] généralement admis que les produits concernés eux-mêmes appart[enaient] à la même catégorie "berline"".[3]

5. De plus, la Colombie estime que même si les États-Unis sont d'avis que pour constituer une infraction à l'article III:4, la discrimination doit être basée sur l'origine des cigarettes, on ne voit pas très bien quelle est la source juridique imposant de respecter cette prescription. Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a émis l'avis suivant: "Pour qu'il y ait violation de l'article III:4, trois éléments doivent être réunis: les produits importés et les produits nationaux en cause doivent être des "produits similaires"; la mesure en cause doit être "une loi, un

[1] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 36 à 72.
[2] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 196 à 198.
[3] Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 5.8.

règlement ou une prescription affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur"; et les produits importés doivent être soumis à un traitement "moins favorable" que celui accordé aux produits nationaux similaires. Seul le dernier élément – traitement "moins favorable" – est contesté par les parties et est en cause dans le présent appel."[4]

6. Dans ce contexte, le Groupe spécial pourrait profiter de l'occasion pour préciser dans quelle mesure le plaignant qui allègue une infraction à l'article III:4 du GATT de 1994 doit prouver que la mesure en cause est une discrimination basée sur l'origine des cigarettes, à titre de prescription venant s'ajouter à celles que l'Organe d'appel a établies dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*.

III. CRITÈRE DE LA NÉCESSITÉ AU TITRE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

7. L'Indonésie allègue que la Règle spéciale est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est *nécessaire* pour réaliser l'objectif légitime, compte tenu du risque que la non-réalisation entraînerait. Les États-Unis répondent en faisant valoir que la Règle spéciale n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire conformément à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

8. La Colombie estime que l'article 2.2 de l'Accord OTC prescrit un critère concernant la *nécessité* de la mesure en fonction de son caractère restrictif pour le commerce, qui devrait être soupesée compte tenu du risque que la non-réalisation entraînerait. Ainsi, afin de constater qu'il y a infraction à l'article 2.2, le Groupe spécial devrait déterminer que la mesure en cause est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est *nécessaire* pour réaliser l'objectif légitime; et que le non-respect d'une telle mesure ne comporte pas de risque pour la protection de l'objectif légitime recherché.

9. La Colombie considère que pour interpréter le critère de la *nécessité*, on peut s'appuyer sur le critère de la *nécessité* utilisé par plusieurs groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans des affaires concernant l'application de l'article XX b) et XX d) du GATT[5], en suivant également des règles d'interprétation fondamentales telles que l'analogie. De plus, la Colombie appelle l'attention du Groupe spécial sur le rôle crucial d'un critère de la *nécessité* pour l'évaluation du caractère restrictif d'une mesure et des objectifs de politique poursuivis par les Membres au moyen de leurs règlements nationaux.

10. Ainsi, la Colombie estime que ce type de critère peut fournir des éléments clairs pour l'analyse de la compatibilité de mesures nationales avec diverses dispositions des accords visés de l'OMC, telles que l'article 2.2 de l'Accord OTC. En ce sens, et comme le propose la partie plaignante, le Groupe spécial pourrait utiliser l'approche des *mesures de rechange raisonnablement disponibles* en tant qu'élément du critère de la *nécessité* prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

11. Par conséquent, la Colombie a l'honneur de demander au Groupe spécial de clarifier le critère de la *nécessité* pour que les Membres puissent appliquer correctement l'article 2.2 de l'Accord OTC.

[4] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 133.
[5] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*; rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*; rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*.

IV. JUSTIFICATION D'UNE MESURE AU REGARD DE L'ARTICLE XX B) DU GATT

12. L'Indonésie affirme que l'interdiction établie dans la Règle spéciale n'est pas justifiable au regard de l'exception prévue à l'article XX b) du GATT de 1994, parce qu'elle n'est pas nécessaire pour protéger les jeunes du tabagisme. Au contraire, les États-Unis estiment que l'exception prévue à l'article XX b) est bien d'application.

13. Dans l'affaire *États-Unis – Essence*[6], le Groupe spécial a indiqué que l'analyse visant à justifier l'application de l'article XX b) appelait un critère en trois volets: i) "la politique dans laquelle s'inscrivaient les mesures pour lesquelles la disposition était invoquée entrait dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux"; ii) "les mesures incompatibles pour lesquelles l'exception était invoquée étaient *nécessaires* pour atteindre l'objectif de ladite politique"; et iii) "les mesures étaient appliquées en conformité avec les prescriptions du paragraphe introductif de l'article XX".

14. En ce qui concerne, le premier élément du critère, le Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes*[7] a reconnu que "l'usage du tabac constituait un risque sérieux pour la santé des personnes et qu'en conséquence, les mesures destinées à réduire la consommation de cigarettes entraient dans le champ d'application de l'article XX b)". Par conséquent, comme l'Indonésie l'affirme, il est indiscutable que la Règle spéciale *entre dans la catégorie des mesures visant à protéger la santé des personnes*.

15. S'agissant de la prescription relative à la *nécessité*, le Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes*[8] a conclu qu'une mesure n'était *nécessaire* que quand: i) il n'y avait pas de mesures de rechange compatibles, ou moins incompatibles, avec le GATT; et ii) les Membres pouvaient raisonnablement être censés employer cette sorte de mesures pour réaliser l'objectif de santé publique recherché. Comme l'Organe d'appel l'a dit dans l'affaire *CE – Amiante*[9], une mesure serait réputée nécessaire au titre de l'article XX b) du GATT s'il n'y avait pas de mesure de rechange raisonnable plus compatible avec le GATT que le Membre mettant en œuvre la mesure ne pouvait appliquer. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a également précisé que la mesure de rechange devait être *moins restrictive pour le commerce* que la mesure en cause.

16. Par conséquent, la Colombie estime que la question à laquelle le Groupe spécial doit encore répondre est celle de savoir s'il existe une mesure de rechange: i) qui réaliserait le même objectif de politique, c'est-à-dire empêcher que les personnes n'ayant pas l'âge légal fument des cigarettes; et ii) qui est moins restrictive pour le commerce que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle qui a été adoptée.

17. Si le Groupe spécial constate que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par les États-Unis entre dans le champ d'application de l'article XX b) du GATT de 1994, il devrait aussi analyser ces restrictions au regard du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.[10,11]

18. Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel a indiqué que "[l]'élément fondamental – lors d'une interprétation du texte introductif – se trouv[ait] dans le but et l'objet, qui [étaient] d'éviter l'abus ou l'utilisation illégitime des exceptions aux règles de fond prévues à l'article XX".[12] En

---

[6] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.20.
[7] Rapport du Groupe spécial du GATT *Thaïlande – Cigarettes*, paragraphe 73.
[8] *Ibid*., paragraphe 75.
[9] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 172.
[10] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 157. Dans *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*.
[11] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25.
[12] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

d'autres termes, la tâche du Groupe spécial en la matière est de localiser et circonscrire le point d'équilibre entre les droits des États-Unis, qui invoquent l'exception, et ceux de l'Indonésie.

19. Ainsi, la question pertinente pour le Groupe spécial consiste à déterminer si les importations en provenance d'Indonésie sont soumises à un traitement discriminatoire et si ce traitement qui se manifeste dans l'application de la mesure des États-Unis est "injustifiable" ou "arbitraire" entre des pays où les mêmes conditions existent.[13] En se fondant sur certaines affaires soumises à l'OMC[14,15], la Colombie souligne que le critère ne consiste pas à déterminer si cette discrimination est considérée comme *justifiée*, mais seulement si elle est *justifiable* en ce sens qu'elle est *défendable ou qu'il peut être montré qu'elle est raisonnable et juste*.

20. Outre la "discrimination arbitraire ou injustifiable", le texte introductif dispose également que la mesure justifiée provisoirement au regard, par exemple, de l'alinéa XX b), ne doit pas être appliquée de façon à constituer une "restriction déguisée au commerce international". La Colombie note que le texte introductif ne concerne pas le fond de la mesure, mais plutôt la manière dont cette mesure est appliquée.[16] Cela signifie que la question est de savoir non pas si la mesure des États-Unis a un effet restrictif sur le commerce, mais plutôt si elle est appliquée de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international.

21. En résumé, la Colombie estime que cette prohibition des "restrictions déguisées" énoncée dans le texte introductif vise vraiment, comme l'a dit l'Organe d'appel[17], à "éviter l'abus ou l'utilisation illégitime des exceptions".[18]

V. OBLIGATIONS DES MEMBRES EN MATIÈRE DE TRAITEMENT SPÉCIAL ET DIFFÉRENCIÉ, CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 12 DE L'ACCORD OTC

22. L'Indonésie affirme que la Règle spéciale est contraire aux obligations des États-Unis au titre de l'article 12 de l'Accord OTC, car elle n'a pas dûment tenu compte des conditions spéciales de l'Indonésie en tant que pays en développement. En réponse, les États-Unis affirment que l'Indonésie n'a pas satisfait au critère de l'incompatibilité avec l'article 12.3 de l'Accord OTC.

23. À cet égard, la Colombie estime que l'article 12.3 de l'Accord OTC devrait être lu à la lumière des dispositions de l'article 12.2 de l'Accord OTC.[19] De plus, il semble clair pour la Colombie qu'en dépit de la règle générale relative à la charge de la preuve énoncée dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine*[20], dans laquelle il a été dit qu'il incombait à la partie qui affirmait un fait d'en apporter la preuve, il est également évident que chaque fois qu'une partie présente des éléments de preuve qui établissent une présomption convaincante de la véracité de l'affirmation faite, la charge de la preuve est déplacée vers l'autre partie.

24. La Colombie estime que le Groupe spécial devrait déterminer si l'Indonésie a établi une présomption convaincante d'une violation des obligations contractées par les États-Unis au titre de l'article 12 de l'Accord OTC. Si le Groupe spécial est en mesure de constater que l'Indonésie a établi

---

[13] Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *CE – Amiante*, "[s]'il est déterminé que l'application de la mesure est discriminatoire, il reste encore à voir si elle est arbitraire et/ou injustifiable entre pays où les mêmes conditions existent". Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.226.

[14] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphe 5.124.

[15] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 225.

[16] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25. (note de bas de page de l'original omise)

[17] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

[18] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

[19] Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 74.7, alinéa 77.

[20] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 15.

une présomption convaincante de violation de l'article 12, alors il sera possible de déplacer la charge de la preuve vers les États-Unis. Malgré ce qui a été mentionné ci-dessus, la Colombie estime qu'il est également important de garder à l'esprit que les obligations des États Membres au titre de l'article 12.3 de l'Accord OTC ne sont vérifiables qu'au moyen des renseignements à la disposition du Membre tenu de se conformer à cette disposition.

25. Enfin, la Colombie demande au Groupe spécial de mettre en application la règle concernant l'étendue du traitement spécial et différencié, conformément à l'Accord OTC.

26. Monsieur le Président et Messieurs les membres du Groupe spécial, la Colombie espère contribuer au débat juridique entre les parties à la présente affaire et souhaiterait de nouveau exprimer ses remerciements pour l'occasion qui lui a été donnée d'exposer ses vues concernant l'application des articles 2.1, 2.2, 12.1 et 12.3 de l'Accord OTC, ainsi que de l'article III:4 du GATT de 1994. Nous vous remercions de votre attention et demeurons à votre disposition pour toute question que vous souhaiteriez nous poser.

ANNEXE B-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION EN TANT QUE TIERCE PARTIE ET DE LA DÉCLARATION ORALE DE L'UNION EUROPÉENNE

I. EXPRESSION "PRODUITS SIMILAIRES" FIGURANT À L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

1. Les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC doit être interprétée comme celle qui figure à l'article III:4 du GATT de 1994 ou s'il existe des différences textuelles ou contextuelles pertinentes.

2. Selon l'Union européenne, plusieurs arguments indiquent que, pour interpréter et appliquer l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC, il pourrait être approprié de tenir compte de la manière dont l'expression "produits similaires" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 a été interprétée et appliquée.[1] Les termes conventionnels sont évidemment les mêmes. En outre, le GATT de 1994 et l'Accord OTC servent chacun de contexte pour l'interprétation de l'autre. Enfin, le deuxième considérant de l'Accord OTC fait mention du désir de favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994. De l'avis de l'Union européenne, toutefois, une différence contextuelle pouvant être pertinente est le fait que les incompatibilités avec l'article III:4 du GATT de 1994 peuvent être justifiées au regard de l'article XX du GATT de 1994, tandis que l'applicabilité de l'article XX à des allégations ne relevant pas du GATT de 1994, y compris des allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, demeure mal définie. S'il était constaté que l'article XX ne s'applique pas en dehors du GATT de 1994, l'obligation relative au traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'Accord OTC risquerait d'être plus stricte que celle énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994. Une manière d'atténuer cette disparité pourrait éventuellement consister à interpréter plus étroitement l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC.

II. CONCEPT DE "TRAITEMENT MOINS FAVORABLE *DE FACTO*" FIGURANT À L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC ET À L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994

3. S'agissant des allégations de l'Indonésie concernant un "traitement moins favorable *de facto*" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994, l'Union européenne fait observer que l'Organe d'appel n'a pas encore clarifié totalement ce concept juridique. En l'absence d'indication claire, les groupes spéciaux ne devraient pas présumer à la légère que toute mesure nationale pouvant avoir une incidence sur la quantité de produits importés en provenance d'un autre Membre de l'OMC devrait nécessairement constituer un "traitement moins favorable" *de facto* de ces produits importés.[2] La diversité des réglementations des Membres, que ni le GATT de 1994 ni l'Accord OTC ne visent à éliminer, peut désorganiser les courants d'échanges existants mais elle ne signifie pas nécessairement que les importations sont traitées moins favorablement. Les groupes spéciaux doivent plutôt évaluer si cet effet préjudiciable sur un produit importé donné est le résultat de facteurs ou circonstances sans rapport avec l'origine étrangère du produit.[3] Par conséquent, le fait que les exportations indonésiennes de cigarettes aux clous de girofle vers les États-Unis ont chuté après l'entrée en vigueur de la mesure des États-Unis n'est pas suffisant, en soi, pour démontrer l'existence d'un traitement moins favorable *de facto*. Le Groupe spécial devrait examiner d'autres facteurs, tels que la mesure dans laquelle les cigarettes aromatisées interdites étaient produites aux États-Unis lorsque ces derniers ont adopté la mesure ou la question de savoir si le traitement différent

[1] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 101 à 103.

[2] Voir le rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96.

[3] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.2514.

des cigarettes aromatisées, y compris les cigarettes aux clous de girofle, d'une part, et des cigarettes au tabac ordinaires et des cigarettes mentholées, d'autre part, peut s'expliquer par d'autres raisons que l'octroi d'une protection à la branche de production des cigarettes des États-Unis.

III. PERTINENCE DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994 POUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

4. Les parties et certaines tierces parties sont en désaccord sur la question de savoir si la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 éclaire l'interprétation de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

5. Selon l'Union européenne, la pertinence du GATT de 1994 pour l'interprétation de l'Accord OTC ressort d'abord du deuxième considérant du préambule, qui fait mention du désir de favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994.

6. Deuxièmement, faire abstraction de leurs similitudes avec le texte et le but de l'article XX du GATT de 1994 irait à l'encontre du texte et du but de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Il apparaît que les similitudes profondes entre les textes – de l'article XX du GATT de 1994, et de son alinéa b) d'une part, et de l'article 2.2 et du préambule de l'Accord OTC d'autre part – indiquent une forte corrélation quant au sens que les deux dispositions sont censées avoir. Les rédacteurs avaient manifestement l'article XX du GATT de 1994 à l'esprit lorsqu'ils ont rédigé le texte de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En outre, les deux dispositions semblent chacune poursuivre des buts semblables. Les deux dispositions autorisent les Membres de l'OMC à mettre en place des mesures qui restreignent le commerce (qu'il s'agisse de règlements techniques ou d'autres mesures jugées incompatibles avec les règles du GATT) pour autant qu'elles i) poursuivent un objectif légitime, ii) soient nécessaires pour la réalisation ou la protection de cet objectif, et iii) ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser ou protéger cet objectif – en d'autres termes, il ne doit pas exister d'autres mesures de rechange applicables, moins restrictives pour le commerce, qui apporterait une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif poursuivi. S'agissant de ce dernier point, les deux dispositions visent à faire en sorte que la mesure prise soit *proportionnée* à l'objectif poursuivi. L'Organe d'appel a été d'avis que des "similitudes textuelles" et des "buts semblables" pouvaient rendre la jurisprudence relative à une disposition pertinente et utile pour l'interprétation d'une autre disposition.[4]

7. L'Union européenne ne voit pas comment la différence "fonctionnelle" entre les deux dispositions – l'article XX du GATT de 1994 constituant une exception et l'article 2.2 de l'Accord OTC une prohibition – pourrait être pertinente pour la question de savoir si la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est pertinente. Cette différence concerne la charge de la preuve entre les parties, mais pas le sens des termes d'une disposition.[5]

8. D'un point de vue systémique, l'Union européenne pense qu'il est important que les accords visés soient interprétés soigneusement et de manière cohérente compte dûment tenu de toutes les dispositions connexes, afin qu'une harmonie soit établie entre les accords, et entre les droits et obligations qui y figurent. À titre d'exemple, le critère ne devrait pas être plus ou moins rigoureux – pour les règlements techniques par rapport à d'autres mesures qui relèveraient du GATT de 1994 – lorsqu'il s'agit de démontrer la nécessité d'une mesure prise pour la réalisation d'un objectif légitime.

9. Par conséquent, il est approprié de s'inspirer de raisonnements bien établis élaborés dans le cadre de l'article XX b) du GATT de 1994 lors d'une analyse au regard de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

---

[4] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 291; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 231.

[5] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Préférences tarifaires*, paragraphe 98.

IV. CONSIDÉRATIONS ADDITIONNELLES CONCERNANT LE CRITÈRE JURIDIQUE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

10. C'est à l'Indonésie, en tant que partie établissant, par voie d'affirmation, une allégation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, qu'incombe la charge d'établir des éléments *prima facie* en fournissant des éléments de preuve et arguments suffisants pour démontrer une incompatibilité avec chaque élément.[6] La position de l'Union européenne, selon laquelle la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est pertinente pour une analyse au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, a une incidence sur certains aspects du critère juridique approprié qu'il faut appliquer.

11. En premier lieu, et s'agissant de l'objectif légitime poursuivi par la mesure, l'Union européenne pense que les groupes spéciaux devraient faire preuve de modération en ce qui concerne la question de savoir si l'objectif est bien celui qu'indique la partie défenderesse et s'il est légitime au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Nous n'estimons pas qu'il soit nécessaire de débattre du degré de latitude réglementaire accordé par l'Accord OTC et il apparaît clairement aux fins du règlement du présent différend que l'objectif de protection de la santé publique est légitime, indépendamment du niveau de protection approprié qui a été établi.

12. La deuxième question, plus importante, à laquelle un groupe spécial doit répondre est celle de savoir si la mesure est ou non "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime". Pour qu'un groupe spécial puisse examiner cette question, le plaignant devra essentiellement présenter des éléments de preuve et arguments suffisants pour montrer qu'il existe d'autres mesures moins restrictives pour le commerce qui sont raisonnablement applicables par le Membre défendeur et qui réalisent de la même manière l'objectif légitime. Une démonstration réussie conduirait le groupe spécial à conclure que la mesure en cause est plus restrictive pour le commerce qu'elle doit l'être pour réaliser son objectif, et qu'elle constitue donc un obstacle non nécessaire au commerce. Les diverses dimensions de cette analyse sont très semblables sinon identiques à celles qui font partie d'une "analyse de la nécessité" au titre de l'article XX.

13. Pour confirmer encore ce qui précède, il est utile d'examiner le critère énoncé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Australie – Saumons* en ce qui concerne l'article 5:6 de l'Accord SPS, sur lequel les États-Unis souhaitent s'appuyer dans le présent différend. Il ne fait aucun doute que le rôle joué par l'article 5:6 de l'Accord SPS dans le fonctionnement de l'Accord est semblable à celui de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Toutefois, l'Union européenne hésite à lui accorder trop de poids pour cette seule raison.

14. À cet égard, l'Union européenne tient à indiquer, premièrement, que l'objectif légitime pertinent qu'il faut protéger au moyen de mesures SPS – la santé des personnes – revêt une grande importance pour les Membres de l'OMC. En conséquence, il faut faire preuve d'une plus grande déférence à l'égard des autorités réglementaires et une lourde charge est imposée aux plaignants qui contestent de telles mesures. Cela est démontré par les termes plus spécifiques et plus contraignants qui sont employés à l'article 5.6 de l'Accord SPS par rapport à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Ce qui nous amène à notre deuxième point: les termes employés dans chaque disposition sont très différents, et les termes spécifiques invoqués dans l'affaire *Australie – Saumons*, qui sont présents dans l'Accord SPS, ne le sont pas ici. L'article 5:6 de l'Accord SPS impose une charge beaucoup plus lourde aux plaignants en raison de ces termes. En particulier, s'agissant de l'analyse des mesures de rechange, la note de clarification en bas de page dispose que seules les mesures qui sont "sensiblement moins restrictives pour le commerce" et "techniquement et économiquement faisables", seront réputées être raisonnablement applicables.

15. Pour sa part, l'article 2.2 de l'Accord OTC dispose simplement que les règlements techniques ne devraient pas créer "des obstacles non nécessaires au commerce international" ni être "plus

[6] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphes 138 à 140.

restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime". Ces termes sont très semblables à ceux qui figurent à l'article XX du GATT de 1994 – et qui ont déjà été interprétés. Au vu de ces différences, l'Union européenne n'estime pas qu'il soit approprié d'importer le critère énoncé dans l'affaire *Australie – Saumons* dans la présente affaire afin de résoudre la question d'interprétation relative à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

ANNEXE B-5

DÉCLARATION ORALE DU GUATEMALA À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, délégations représentant les parties et les tierces parties, personnel du Secrétariat de l'OMC, bon après-midi. Au nom de la délégation du Guatemala, je tiens à exprimer nos remerciements pour l'occasion qui nous est donnée d'exposer nos vues sur les questions en cause.

2. Le Guatemala a un intérêt systémique dans l'interprétation juridique de plusieurs dispositions de l'Accord OTC et du GATT de 1994.

3. Par conséquent, le Guatemala ne donnera pas son point de vue sur l'objectif légitime allégué des États-Unis et les intérêts commerciaux de l'Indonésie qui ont motivé le présent différend.

4. En particulier, le Guatemala ne formulera pas d'observation au sujet des avantages ou inconvénients de l'interdiction des cigarettes ayant un arôme caractérisant pour ce qui est de la réduction du nombre de jeunes fumeurs.

5. Le Guatemala souhaiterait plutôt donner son point de vue sur la définition de l'expression "produits similaires" et la relation entre l'Accord OTC et l'article XX du GATT de 1994.

6. Cela étant dit, le Guatemala observe que la mesure en cause interdit la production ou la vente de cigarettes dites "aromatisées", à l'exception des cigarettes mentholées. L'objectif légitime allégué de la mesure, selon les États-Unis, est de protéger la santé publique en prohibant les produits qui servent de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs.[1]

7. En outre, les États-Unis estiment qu'il existe des éléments de preuve indiquant que les cigarettes aromatisées – à l'exception des cigarettes mentholées – sont consommées de manière disproportionnée par les jeunes fumeurs débutants (aussi bien les mineurs que les jeunes adultes), plutôt que par les fumeurs adultes plus âgés et déjà dépendants.[2]

8. L'Indonésie affirme qu'elle s'oppose à cette mesure parce qu'elle impose une interdiction complète des cigarettes aux clous de girofle, alors que presque aucune, voire aucune, restriction ne frappe les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées. Les arguments présentés par l'Indonésie concernent toutes les cigarettes produites aux États-Unis, en particulier les cigarettes mentholées. Selon l'Indonésie, les cigarettes au tabac, les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle sont des produits similaires.[3]

9. Toutefois, les États-Unis font valoir que les cigarettes et les cigarettes mentholées sont différentes des cigarettes aux clous de girofle parce qu'elles ont une composition physique et des utilisations finales différentes et qu'elles répondent à des goûts et habitudes des consommateurs différents.[4]

10. L'article 2.1 de l'Accord OTC est une "disposition relative à la non-discrimination". Il prévoit l'obligation de faire 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

[1] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 1 à 3.
[2] Résumé analytique de la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 23.
[3] Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 6.
[4] Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 154 à 189.

celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays".

11. Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit: "Le concept de la "similarité" a un caractère relatif qui évoque l'image d'un accordéon. L'accordéon de la "similarité" s'étire et se resserre en des points différents au gré des différentes dispositions de l'*Accord sur l'OMC* qui sont appliquées. L'étirement de l'accordéon en l'un quelconque de ces points doit être déterminé par la disposition particulière dans laquelle le terme "similaire" se trouve, ainsi que par le contexte et les circonstances propres à un cas donné auquel cette disposition peut être applicable."[5]

12. Au vu de ce qui précède, le Guatemala est d'avis que lorsqu'ils analysent le concept de "similarité", les groupes spéciaux devraient aussi tenir compte du "contexte et [des] circonstances propres à un cas donné auquel cette disposition peut être applicable".

13. Dans le présent différend, le Guatemala estime que le Groupe spécial devrait lier le concept de "similarité" au *contexte* d'un règlement technique; en particulier, aux *circonstances* entourant le règlement technique en cause.

14. Le Guatemala croit comprendre que les États-Unis interdisent au moyen d'un règlement technique, certains types de cigarettes, parce qu'elles servent de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs. Par conséquent, le Guatemala est d'avis que, lors de son analyse du concept de "similarité" dans le présent différend, le Groupe spécial devrait également déterminer si d'autres cigarettes non incluses dans la prohibition pourraient servir de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs. En particulier, le Groupe spécial voudra peut-être examiner si le seul type de cigarettes aromatisées non inclus dans la prohibition pourrait, à terme, prendre la place de toutes les autres cigarettes aromatisées prohibées et servir de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs.

15. Selon le Guatemala, cette analyse serait compatible avec: i) le contexte de l'Accord OTC (c'est-à-dire la non-discrimination et le fait que les règlements techniques ne doivent pas être plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime); et ii) les circonstances spécifiques de la présente affaire (c'est-à-dire la poursuite des objectifs légitimes décidés librement par les États-Unis).

16. Permettez-moi maintenant de passer aux observations du Guatemala concernant la relation entre l'Accord OTC et l'article XX du GATT de 1994.

17. Le préambule de l'Accord OTC reconnaît 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".

18. L'article 2 de l'Accord OTC précise certaines obligations concernant l'élaboration, l'adoption et l'application de règlements techniques. À titre d'exemple, l'obligation de non-discrimination (article 2.1); l'obligation voulant 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 (article 2.2); l'obligation voulant que les règlements techniques ne soient pas maintenus si les

[5] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 24.

circonstances ou les objectifs qui ont conduit à leur adoption ont cessé d'exister ou s'il est possible d'y répondre d'une manière moins restrictive pour le commerce (article 2.3); etc.

19. D'autre part, le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 prescrit qu'une mesure justifiée au regard de l'un quelconque des points de cette disposition "ne soi[t] pas appliqué[] de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international". Ce libellé est semblable à celui qui est employé dans le préambule de l'Accord OTC, bien que l'article 2.1 de l'Accord OTC énonce une obligation inconditionnelle de non-discrimination.

20. Compte tenu de ce qui précède, on ne voit pas très bien quand on pourrait invoquer l'article XX du GATT de 1994 pour justifier une exception à l'application de l'Accord OTC en ce qui concerne un règlement technique. Le Guatemala est d'avis que l'Accord OTC contient des règles spécifiques régissant l'adoption d'obstacles au commerce et prévoit des critères de nécessité spécifiques. Selon le Guatemala, la seule possibilité envisageable, à ce stade, serait l'application de l'article XX du GATT de 1994 pour justifier une exception à l'article 2.1 de l'Accord OTC, en d'autres termes, une discrimination entre des pays où les mêmes conditions existent, si une telle discrimination n'est pas arbitraire ou injustifiable, bien entendu.

21. Cela étant dit, le Guatemala ne veut pas, d'une manière générale, exclure ni préjuger l'applicabilité de l'article XX du GATT de 1994 en ce qui concerne les règlements techniques. L'intention du Guatemala est simplement d'appeler votre attention sur les difficultés qu'entraînerait l'application d'une exemption au titre de l'article XX en ce qui concerne un règlement technique. Si le Groupe spécial devait décider que l'article XX b) s'applique aux faits de la cause en l'espèce, le Guatemala propose qu'il interprète cette disposition de manière étroite.

22. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, nous vous souhaitons de mener à bien avec succès la tâche qui vous incombe.

ANNEXE B-6

DÉCLARATION ORALE DU MEXIQUE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND[*]

I. INTRODUCTION

1. C'est un honneur pour moi de me présenter devant vous aujourd'hui, au nom de la délégation mexicaine, pour exposer les vues du Mexique dans le présent différend.

2. Le Mexique a exprimé son intention de participer en tant que tierce partie à la présente procédure parce que celle-ci porte sur des questions systémiques importantes concernant l'interprétation de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'Accord OTC) et de certaines dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le GATT de 1994). Par ailleurs, le présent différend présente un intérêt particulier pour nous parce que le Mexique participe actuellement en tant que plaignant à deux affaires soumises à l'OMC qui portent sur l'interprétation des mêmes dispositions, à savoir l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC. Par conséquent, le Mexique est reconnaissant de l'occasion qui lui est donnée d'exposer ses vues sur certaines des questions soulevées dans la présente procédure.

3. Nous reconnaissons que les règles de l'OMC n'interdisent pas aux Membres de prendre des mesures nécessaires pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux à condition qu'elles ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international. En outre, les règles de l'OMC permettent l'introduction de règlements techniques pour autant qu'ils ne constituent pas un obstacle non nécessaire au commerce international.

4. Dans sa déclaration orale, le Mexique traitera de trois aspects importants du présent différend: i) l'analyse de la similarité des produits dans le cadre des arguments concernant la discrimination au titre de l'article III:4 du GATT et de l'article 2.1 de l'Accord OTC; ii) le traitement moins favorable aux fins de ces articles; et iii) certaines questions relatives à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

II. ANALYSE

A. DISCRIMINATION AU TITRE DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994 ET DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

1. Similarité des produits

5. L'article III:4 du GATT et l'article 2.1 de l'Accord OTC interdisent aux Membres de l'OMC d'introduire des mesures qui accordent aux produits importés en provenance de tout Membre un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale.

6. Le Mexique estime que l'analyse de la question de savoir si des produits importés et des produits nationaux sont des "produits similaires" au titre desdites dispositions devrait être effectuée au cas par cas[1], et compte tenu des circonstances particulières de chaque différend.

7. Des groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont principalement fondés sur quatre critères pour analyser la "similarité" des produits, créant un cadre qui aide à classer et examiner les diverses qualités et caractéristiques sans que soient pour autant négligés d'autres éléments de preuve, ou tous

[*] La présente déclaration a été présentée en version originale espagnole.
[1] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 23.

les éléments de preuve, pertinents. Ces quatre critères sont les suivants: i) les propriétés, la nature et la qualité des produits; ii) les utilisateurs finaux des produits; iii) les goûts et habitudes des consommateurs – critère plus complètement appelé perceptions et comportement des consommateurs – en ce qui concerne les produits; et iv) le classement tarifaire des produits.[2]

8. Dans la présente affaire, bien que le Groupe spécial doive examiner les quatre critères, le Mexique pense qu'il devrait centrer son analyse sur les propriétés, la nature et la qualité des produits, ainsi que sur les goûts et habitudes des consommateurs en ce qui concerne les produits, parce que ce sont les critères au sujet desquels les parties sont en désaccord.

9. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a également dit qu'il "… conv[enait] d'interpréter le terme "similaires" figurant à l'article III:4 comme s'appliquant aux produits entre lesquels exist[ait] un tel rapport de concurrence". L'Organe d'appel a conclu en outre que le champ de l'article III:4, tout en étant plus vaste que "… le champ couvert par la *première* phrase de l'article III:2, n'[était] certainement *pas* plus vaste que le champ *combiné* des produits visés par les *deux* phrases de l'article III:2 du GATT de 1994".[3] Ainsi, pour déterminer si les deux produits sont semblables au regard du critère juridique énoncé à l'article III:4 du GATT, le Groupe spécial peut évaluer s'il existe un rapport de concurrence entre les produits en question.

10. Le Mexique n'est pas convaincu par l'argument des États-Unis selon lequel les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas des produits similaires aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires. Nous ne parvenons pas à comprendre quelle différence il peut y avoir – selon l'argument des États-Unis – entre une cigarette ordinaire et une cigarette aux clous de girofle ou entre une cigarette mentholée et une cigarette aux clous de girofle.

11. Il importe que l'interprétation donnée par le Groupe spécial ne donne pas la possibilité d'imposer des mesures restrictives à l'égard d'un produit qui pourrait être considéré comme un produit similaire en établissant une distinction discriminatoire et en favorisant des produits nationaux au détriment de produits étrangers.

2. Traitement moins favorable

12. Le Mexique pense que si le Groupe spécial devait constater que les cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie et les cigarettes mentholées et cigarettes ordinaires d'origine nationale étaient des produits similaires, l'existence d'une prohibition d'un produit et pas des autres constituerait clairement un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT.

13. Le Mexique ne souscrirait pas non plus à l'argument des États-Unis selon lequel la mesure est neutre quant à l'origine en ce sens qu'elle interdit tous les arômes caractérisants, que ce soit dans des cigarettes produites dans le pays ou des cigarettes étrangères car, dans les faits, l'importation affecte uniquement les importations et non le produit national. Lorsqu'une mesure affecte des cigarettes importées (c'est-à-dire les prohibe) mais n'a pas le même effet sur les produits nationaux (qui sont exclus de la prohibition) en raison du type de tabac produit aux États-Unis, alors il y a traitement moins favorable.

14. Dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, par exemple, le Groupe spécial a constaté qu'il y avait une discrimination *de facto*. Dans cette affaire, la mesure mexicaine consistait en une taxe de 20 pour cent sur l'utilisation de tout édulcorant autre que le sucre de canne (tel que le

[2] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101 (citant le rapport du Groupe de travail du GATT des *Ajustements fiscaux à la frontière* et le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*).

[3] Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

sirop de maïs à haute teneur en fructose), une taxe sur la distribution et certaines prescriptions en matière de comptabilité. Le Groupe spécial a confirmé que cela constituait une discrimination à l'encontre des importations, car la majorité des édulcorants produits au Mexique étaient à base de sucre de canne, alors que les importations consistaient presque entièrement en édulcorants à base de sirop de maïs à haute teneur en fructose. Par conséquent, l'imposition par le Mexique d'une taxe de 20 pour cent sur les édulcorants autres que le sucre de canne (autres que son produit national), d'une taxe sur la distribution et de prescriptions différentes en matière de comptabilité revenait, en pratique, à imposer une mesure visant à faire disparaître tous les importateurs d'édulcorants du marché au moyen de l'application d'une taxe plus élevée que celle qui frappait la production nationale.[4]

15. La discrimination possible dans la présente affaire présente des caractéristiques très semblables à la discrimination constatée dans l'affaire susmentionnée car, selon les données présentées par l'Indonésie, la production de cigarettes aromatisées aux États-Unis est négligeable, et, avant leur prohibition, les cigarettes aux clous de girofle étaient principalement importées d'Indonésie[5], de sorte qu'en raison de cette prohibition, les exportations de l'Indonésie ont été réduites à zéro.[6]

16. Le Mexique reconnaît que les échanges peuvent fluctuer sous l'effet d'une série de mesures et de facteurs. Toutefois, dans le présent différend, le Groupe spécial doit tenir compte des chiffres fournis par l'Indonésie qui montrent qu'avant l'interdiction, 99 pour cent des cigarettes aux clous de girofle commercialisées aux États-Unis provenaient d'Indonésie, et que la mesure n'a pas eu d'effet équivalent sur les cigarettes produites aux États-Unis.

17. Comme nous l'avons vu, une mesure peut avoir des effets négatifs sur le commerce à condition qu'il ne soit pas accordé un traitement moins favorable aux produits étrangers par rapport aux produits nationaux similaires.

B. AUTRES ARGUMENTS AU TITRE DE L'ACCORD OTC

1. Article 2.2 de l'Accord OTC

18. Le Mexique ne comprend pas comment une mesure peut viser à protéger la santé des jeunes si, à supposer que les données fournies par l'Indonésie soient exactes, la majorité des cigarettes consommées par les jeunes sont des cigarettes ordinaires ou mentholées, qui sont exclues de la prohibition.

19. Nous ne voyons pas non plus très bien comment la mesure des États-Unis peut réaliser son objectif légitime si la plupart des jeunes fument d'autres cigarettes que celles qui sont visées par la prohibition.

20. Dans leur première communication écrite, les États-Unis indiquent que les cigarettes aux clous de girofle sont des cigarettes qui sont fumées "de temps en temps"[7] et que les cigarettes traditionnelles sont consommées quotidiennement. Ne serait-il pas alors plus dangereux pour la santé des jeunes de fumer des cigarettes qui sont consommées quotidiennement (ordinaires et mentholées) que de fumer un autre type de cigarette (c'est-à-dire des cigarettes aux clous de girofle) de temps en temps?

---

[4] Voir le rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*. Le Groupe spécial a analysé la taxe sur les boissons sans alcool et la taxe sur la distribution au regard des paragraphes 2 et 4 de l'article III du GATT de 1994, et les prescriptions en matière de comptabilité au regard du paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994.

[5] Voir la première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 112.

[6] Voir la première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 29.

[7] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 172.

21. Par ailleurs, l'Indonésie a pu identifier des mesures moins restrictives qui, selon le Mexique, pourraient concourir à la réalisation de l'objectif des États-Unis.

III. CONCLUSION

22. Le Mexique espère que ses vues seront utiles pour l'évaluation que doit effectuer le Groupe spécial en vue d'interpréter les dispositions pertinentes de l'Accord OTC et du GATT d'une manière harmonieuse, conformément aux objectifs de ces dispositions.

23. Le Mexique demande également au Groupe spécial de tenir compte des précédents établis par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans les affaires citées.

24. Enfin, le Mexique aimerait remercier le Groupe spécial de son attention et se fera un plaisir de répondre à toutes questions qu'il pourrait vouloir lui poser.

ANNEXE B-7

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA NORVÈGE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. La Norvège exposera ses vues sur: i) l'interprétation de l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC, et ii) l'existence d'une discrimination "*de facto*" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

2. La Norvège souscrit à l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. Toutefois, la présente affaire ne porte pas sur cet objectif *en tant que tel*, mais sur les *moyens* choisis par les États-Unis pour réaliser cet objectif et, en particulier, sur la question de savoir si ces moyens – ainsi que leur conception et leurs effets – sont conformes aux obligations des États-Unis au titre du GATT et de l'Accord OTC.

1. Les quatre critères relatifs à la similarité s'appliquent à l'interprétation de l'expression "produit similaire" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC

3. la Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial (la "Loi"), dans sa "règle spéciale pour les cigarettes", interdit certaines cigarettes dites "aromatisées". L'objectif déclaré de la Loi est de protéger la santé publique, y compris en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes. Toutefois, les États-Unis n'ont pas interdit toutes les cigarettes aromatisées, mais ont exclu les cigarettes mentholées, qui sont produites aux États-Unis et y sont apparemment très populaires auprès des jeunes fumeurs et des fumeurs adultes.

4. Il n'est apparemment pas contesté que la "règle spéciale pour les cigarettes" est un "règlement technique" visé par l'Accord OTC. La question est donc de savoir si la Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC parce qu'elle donne lieu à un traitement des cigarettes aux clous de girofle qui est "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires.

5. L'article 2.1 de l'Accord OTC dispose ce qui suit:

> "Les Membres feront en sorte, pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays."[1]

6. La première question qui se pose au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC est celle de savoir si les cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie sont "similaires" aux cigarettes produites aux États-Unis. La Norvège estime que les critères juridiques élaborés au titre de l'article III, y compris l'article III:4, sont très pertinents pour l'interprétation de l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7. la Norvège rappelle d'abord que "le "principe général" énoncé à l'article III vise à éviter que les Membres n'appliquent des taxes et des réglementations intérieures d'une façon qui fausse le rapport de concurrence, sur le marché, *entre les produits nationaux et les produits importés considérés*, "de manière à protéger la production nationale"".[2] En d'autres termes, l'obligation relative au traitement national vise à faire en sorte que la réglementation gouvernementale n'intervienne pas dans les choix des consommateurs entre des produits concurrents. À cet égard, l'Organe d'appel a

[1] Non souligné dans l'original.
[2] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 98. (italique dans l'original)

également indiqué dans ce même appel que "l'expression "produits similaires" se rapport[ait] aux rapports de concurrence entre et parmi les produits … sur le marché".[3]

8. La Norvège estime que les quatre critères énoncés par le Groupe de travail des *ajustements fiscaux à la frontière*, qui ont été adoptés par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, fournissent un cadre utile pour l'analyse de la "similarité" de produits particuliers au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, et que le rapport de concurrence entre les produits en question est un facteur important dont le Groupe spécial doit tenir compte.

9. La Norvège note que les États-Unis ne semblent pas contester l'usage de ces critères pour établir la similarité. Ils semblent plutôt faire valoir qu'un règlement technique – *même* s'il s'applique presque par définition à des produits ou groupes de produits qui sont "similaires" – devrait être considéré comme s'appliquant à des produits distincts en fonction des "fins [réglementaires] du règlement". La Norvège n'est pas d'accord avec les États-Unis à ce sujet. Elle estime que "les fins réglementaires" d'un règlement technique ont trait à la justification de la mesure et n'ont pas pour effet d'"étirer ou resserrer" la détermination relative au produit similaire au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

10. Bien que la Norvège ne prenne pas position sur les faits de la cause, elle souhaite formuler des observations concernant l'évaluation par le Groupe spécial des quatre critères relatifs à la similarité. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a indiqué que la portée du mot "similaires" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 était plus large que celle du mot "similaires" figurant à l'article III:2.[4] Cela s'explique par le fait que l'article III:2 s'applique à des produits similaires, ainsi qu'à des produits directement concurrents ou directement substituables, tandis que l'article III:4 s'applique uniquement à des produits similaires.[5] Même si l'Organe d'appel n'a pas déterminé si l'ensemble des produits visés par chaque disposition était identique, il a indiqué que son interprétation empêchait les Membres de recourir à une réglementation fiscale et non fiscale pour protéger des produits nationaux. Selon la Norvège, l'ensemble des produits visés par l'article 2.1 devrait être semblable à l'ensemble des produits visés par l'article III:2 et III:4. Le mot "similaire" devrait donc être interprété d'une manière semblable à celle dont il est interprété à l'article III:4.

11. À cet égard, la Norvège note qu'il est admis que les produits n'ont pas à être identiques pour constituer des produits "similaires" au sens de l'article III:4, tout comme ils n'ont pas à être identiques pour constituer des produits "directement concurrents ou directement substituables" au sens de l'article III:2. En fait, il faut évaluer les éléments de preuve concernant les différents critères relatifs à la similarité dans leur ensemble pour déterminer si les produits sont "similaires".

12. Dans le présent différend, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes nationales. À titre d'exemple, les États-Unis ont souligné certaines différences physiques alléguées entre les produits et soutiennent que, comme les produits sont physiquement différents, une charge plus élevée incombe à l'Indonésie. Ils citent l'affaire *CE – Amiante*, dans laquelle l'Organe d'appel a constaté qu'il y avait une "différence physique *très importante*" entre les fibres en cause.[6]

13. la Norvège estime que le Groupe spécial doit évaluer la nature et l'importance des similarités et des différences physiques entre les cigarettes en cause. Il se peut qu'il y ait entre les produits le rapport de concurrence nécessaire pour qu'ils soient visés par l'article III, en dépit de leurs différences physiques.

---

[3] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 99 et 103.
[4] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.
[5] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.
[6] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 114.

2. Discrimination "*de facto*" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC

14. Il appartient au présent Groupe spécial, en se fondant sur les critères susmentionnés, de déterminer si les produits en cause dans le présent différend sont des produits similaires. À supposer qu'ils soient des produits similaires, la question suivante consiste à savoir si les cigarettes indonésiennes aux clous de girofle sont traitées moins favorablement que les cigarettes (y compris celles qui sont aromatisées au menthol) produites aux États-Unis.

15. La Norvège est préoccupée par le critère juridique applicable pour l'évaluation du traitement moins favorable exposé par les États-Unis. Les États-Unis soutiennent ce qui suit:

> "Les mesures qui ne traitent pas les produits différemment sur la base de l'origine, et pour lesquelles les effets qui en résultent ne sont pas liés à l'origine du produit, ne sont pas des mesures qui protègent la production nationale."

16. Il apparaît que les États-Unis estiment que, parce qu'elle établit une distinction entre les cigarettes en fonction d'un critère "objectif" qui n'est pas basé sur l'origine, leur mesure est compatible avec les règles de l'OMC. Toutefois, dans un différend concernant une mesure neutre telle qu'elle est libellée, un groupe spécial doit regarder au-delà d'une distinction apparemment objective pour établir s'il existe une discrimination *de facto* contre des marchandises importées.

17. Pour évaluer s'il existe une discrimination *de facto*, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont examiné la conception, la structure et le fonctionnement de la mesure.[7] L'Organe d'appel a également dit qu'"[i]l [était] sans intérêt de faire valoir que le protectionnisme n'était pas un *objectif voulu*"; la question porte sur "la manière dont la mesure en question est *appliquée*".[8] Dans d'autres différends, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté qu'il existait une discrimination *de facto* si des produits fabriqués dans le pays étaient généralement soumis à un traitement plus favorable que les produits importés similaires.[9]

18. Les États-Unis invoquent l'affaire *Chili – Boissons alcooliques*. Dans ce différend, l'examen par l'Organe d'appel de la taxation des boissons alcooliques par le Chili "tend[ait] … à démontrer que [la mesure] appliquée" protégeait des produits nationaux similaires.[10] Dans ce contexte, l'Organe d'appel a examiné si cette discrimination *de facto* apparente pouvait s'expliquer par d'autres facteurs. Il a constaté que la mesure comportait certaines "anomalies" et que le Chili ne pouvait pas concilier les objectifs déclarés de la mesure et son "application à des fins de protection".[11]

19. Dans la présente affaire, les parties au différend conviennent que le règlement technique des États-Unis ne prévoit pas *de jure* un traitement différent des produits sur la base de la nationalité. Les parties semblent également convenir que la mesure interdit des cigarettes aromatisées qui, pour la majeure partie, n'étaient pas produites aux États-Unis lorsque l'interdiction a été introduite, alors qu'elle autorise des cigarettes aromatisées au tabac et des cigarettes aromatisées au menthol qui sont produites en grandes quantités aux États-Unis et qui étaient importées en quantités négligeables. D'après ce que la Norvège croit comprendre, une proportion importante des cigarettes produites dans le pays lorsque l'interdiction a été introduite n'a pas été affectée par l'interdiction, tandis qu'une proportion importante du commerce de l'Indonésie avec les États-Unis a été affectée par l'interdiction.

---

[7] *Voir*, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 215.

[8] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 32.

[9] Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphes 51 à 53; *voir aussi*, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 8.119 à 8.121.

[10] Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphe 66.

[11] Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphe 71.

20. Un effet aussi différent est un facteur important que, de l'avis de la Norvège, le Groupe spécial devrait prendre en compte lorsqu'il examinera si la mesure contestée donne lieu à une discrimination *de facto* au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

21. Il apparaît que les États-Unis font valoir qu'ils ont interdit *certaines* cigarettes qui attirent les jeunes fumeurs, mais ne les ont pas *toutes* interdites, parce que cela aurait d'autres effets négatifs sur la santé publique, en particulier une demande élevée d'aide pour arrêter de fumer et une augmentation des ventes sur le marché noir. Les États-Unis ont donc interdit les cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées, mais n'ont pas interdit "*tout type de cigarette privilégiée par une grande partie des fumeurs des États-Unis*", telles que les cigarettes aromatisées au tabac et les cigarettes aromatisées au menthol. Cet argument inquiète la Norvège. D'après ce qu'elle croit comprendre, la consommation de *toutes* les cigarettes en cause semble présenter des risques semblables pour la santé publique. En outre, les cigarettes aromatisées au menthol sont parmi les cigarettes les plus populaires auprès des jeunes fumeurs – beaucoup plus que les cigarettes aux clous de girofle. Pourtant, elles sont exclues de l'interdiction.

22. Il apparaît donc que les États-Unis ont adopté une interdiction générale des cigarettes aromatisées; toutefois, ils ont prévu des exceptions pour les cigarettes aromatisées au tabac et les cigarettes aromatisées au menthol qui semblent porter atteinte à l'interdiction et à ses objectifs. Par le biais de l'interdiction et des exceptions, les États-Unis semblent avoir choisi des gagnants et des perdants parmi différents types de cigarettes vendues sur leur marché: certaines cigarettes sont interdites pour promouvoir la santé publique et d'autres cigarettes plus populaires sont autorisées, apparemment aussi pour promouvoir la santé publique.

23. La Norvège estime que le Groupe spécial devrait examiner très soigneusement ces apparentes "anomalies"[12] dans la conception, la structure et le fonctionnement d'une mesure pour établir si la combinaison de l'interdiction générale et des exceptions favorise les produits nationaux par rapport aux produits importés.

[12] Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphe 71.

ANNEXE B-8

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA TURQUIE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

I. INTRODUCTION

1. La Turquie remercie le Groupe spécial de lui donner l'occasion de présenter ses vues dans le cadre de la procédure du Groupe spécial. La Turquie entend contribuer à l'analyse du Groupe spécial en évaluant les trois questions suivantes: i) celle de savoir si la mesure en cause est ou non un règlement technique; ii) celle de savoir si la mesure en cause est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime; et iii) celle de savoir si les cigarettes ordinaires, les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle sont des produits similaires.

II. QUESTION DE SAVOIR SI LA MESURE EN CAUSE EST OU NON UN RÈGLEMENT TECHNIQUE

2. Selon la définition figurant à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC et l'interprétation donnée par l'Organe d'appel[1], a) un règlement technique doit énoncer "les caractéristiques d'un produit"; b) le respect des caractéristiques du produit énoncées dans le règlement doit être obligatoire; et c) le règlement doit être applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable.

3. S'agissant du premier critère, la Turquie croit comprendre, au vu du raisonnement fait par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, que si une simple interdiction d'importer un produit ne peut pas être considérée comme étant un règlement technique, il se peut fort bien que l'interdiction de l'usage d'un produit dans d'autres produits relève de la définition d'un règlement technique. Le deuxième critère défini à l'Annexe I est que le respect des caractéristiques déclarées du produit qui sont énoncées dans le règlement technique doit être obligatoire. Cela signifie qu'un règlement technique doit réglementer les "caractéristiques" des produits d'une manière contraignante ou obligatoire. Enfin, le dernier critère défini à l'Annexe 1 de l'Accord OTC est que le règlement doit s'appliquer à un produit, ou groupe de produits, spécifique. Par conséquent, si un règlement s'applique à un produit, ou groupe de produits, spécifique déterminable, alors on peut supposer que le troisième critère est rempli.

4. Au vu de ce qui précède, si le Groupe spécial décide que la "règle spéciale pour les cigarettes" énoncée à l'article 101 b) de la FSPTCA constitue un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC, il devrait d'abord évaluer la conformité de la mesure avec les dispositions de l'Accord OTC.[2]

III. QUESTION DE SAVOIR SI LA MESURE EN CAUSE EST OU NON PLUS RESTRICTIVE POUR LE COMMERCE QU'IL N'EST NÉCESSAIRE POUR RÉALISER UN OBJECTIF LÉGITIME

5. Dans sa communication, l'Indonésie a allégué qu'entre autres choses, l'article 101 b) de la FSPTCA était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. En outre, l'Indonésie fait valoir que l'interdiction prévue par la Règle spéciale ne peut pas être justifiée par l'article XX du GATT.[3] La Turquie estime que même s'ils ne sont pas identiques, le "critère de la nécessité" prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC et celui qui est prévu à l'article XX du GATT se ressemblent beaucoup, ainsi qu'il est expliqué ci-dessous.

---

[1] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 67 à 69.

[2] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 204; rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.15 à 8.17; rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphes 7.14 à 7.19.

[3] Première communication écrite de l'Indonésie, page 34.

6. Dans le cadre de l'OMC, l'Accord OTC vise à faire en sorte que les règlements techniques ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce international, tout en reconnaissant le droit des Membres de prendre des mesures réglementaires pour réaliser leurs objectifs légitimes. Pour sa part, l'article 2.2 de l'Accord OTC définit les conditions qu'un règlement technique doit remplir afin de répondre à l'objectif de l'Accord.

7. En vertu de l'article 2.2 de l'Accord OTC, un règlement technique ne peut pas être considéré comme étant une mesure compatible avec l'Accord OTC s'il crée des obstacles non nécessaires au commerce international. L'Accord OTC explique que les obstacles non nécessaires au commerce peuvent résulter d'un règlement qui est plus restrictif qu'il n'est *nécessaire* pour réaliser un objectif de politique donné, par exemple la sécurité nationale, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement, ou d'un règlement qui ne réalise pas un objectif légitime.

8. La Turquie estime que l'examen de la compatibilité qui devrait être effectué au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC est très semblable à celui qui doit être effectué au titre de l'article XX b) et du paragraphe introductif de l'article XX.

9. La Turquie souhaiterait indiquer que, comme l'a souligné l'Organe d'appel, conformément à l'article II:2 de l'Accord sur l'OMC, il faut interpréter tous les Accords de l'OMC comme un tout, et de façon à donner un sens à tous, harmonieusement. Cette approche ne signifie pas nécessairement qu'il faudrait donner à chaque terme le même sens dans tous les Accords de l'OMC ou que chaque engagement prévu dans les Accords de l'OMC devrait créer le même niveau d'obligation.

10. La Turquie fait observer que le préambule de l'Accord OTC emploie les mêmes termes que l'article XX du GATT. À cet égard, la Turquie estime qu'il faudrait tenir compte du préambule de l'Accord OTC pour interpréter les obligations énoncées dans l'Accord OTC en général et à l'article 2.2 en particulier. Cette interprétation devrait être effectuée en harmonie avec celle du texte introductif de l'article XX du GATT.

11. La Turquie fait également observer que les termes de l'article 2.2 de l'Accord OTC et ceux de l'article XX du GATT sont semblables.

12. Selon la Turquie, l'une des prescriptions qu'il faudrait évaluer pour déterminer si la mesure est en conformité avec l'article 2.2 de l'Accord OTC est la nécessité de la mesure pour la réalisation de l'un des objectifs légitimes mentionnés à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

13. La Turquie pense que les précisions données par l'Organe d'appel et les groupes spéciaux antérieurs au sujet du "critère de la nécessité" prévu à l'article XX du GATT ont éclairé l'évaluation du "critère de la nécessité" énoncé à l'article 2.2. Par conséquent, la Turquie estime que le "critère de la nécessité" énoncé à l'article 2.2 de l'Accord OTC comprend l'examen de l'efficacité de la mesure pour la réalisation de l'objectif déclaré, l'évaluation du degré de son caractère restrictif pour le commerce et les mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui sont raisonnablement applicables. S'il existait des mesures de rechange compatibles avec l'Accord OTC ou moins restrictives pour le commerce, alors la mesure en cause ne serait pas en conformité avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

14. D'autre part, un règlement ne peut réaliser son objectif légitime si les restrictions prévues par le règlement ne s'appliquent pas à des produits similaires qui ont le même effet. La mesure contestée a pour objectif de "remédier au problème particulier du tabagisme chez les jeunes".[4] Selon la Turquie, pour que cet objectif soit réalisé, il faudrait que tous les produits similaires attirant les fumeurs n'ayant pas l'âge légal soient inclus dans le champ de la mesure contestée. Dans ce contexte, la décision du Groupe spécial sur le point de savoir si les cigarettes ordinaires, les cigarettes aromatisées au menthol

[4] Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 6.

et les cigarettes aromatisées aux clous de girofle devraient être considérées comme étant des produits similaires ou non aura une incidence importante sur la détermination de la conformité de la mesure en cause avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC.

IV. SIMILARITÉ DES PRODUITS

15. L'Accord OTC et le GATT de 1994 obligent tous deux les Membres de l'OMC à accorder aux produits importés un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux *produits similaires* d'origine nationale. Par conséquent, selon la Turquie, en vertu de l'Accord OTC et du GATT, afin de déterminer si un "traitement moins favorable" a été appliqué aux cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie, le Groupe spécial doit décider si les cigarettes aromatisées aux clous de girofle et les cigarettes ordinaires et cigarettes aromatisées au menthol sont des produits similaires aux fins du présent différend.

16. De ce fait, afin de déterminer si deux produits sont des produits similaires, il faudrait prendre en considération les quatre critères ci-après: i) les caractéristiques physiques du produit, ii) les utilisations finales du produit, iii) la façon dont les consommateurs perçoivent les produits et, enfin, iv) les classements tarifaires des produits.

17. En outre, la Turquie aimerait appeler l'attention du Groupe spécial sur la déclaration faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*. L'Organe d'appel a dit ce qui suit: "[M]ême si chaque critère se rapporte en principe à un aspect différent des produits considérés, qui devrait être examiné séparément, les différents critères sont interdépendants. Par exemple, les propriétés physiques des produits conditionnent et limitent les utilisations finales que ces produits peuvent avoir. Les perceptions des consommateurs peuvent de même influencer – modifier ou même rendre obsolètes – les utilisations traditionnelles des produits."[5]

18. La Turquie estime que, dans le présent différend, le Groupe spécial devrait examiner soigneusement les perceptions des consommateurs (consommateurs que la Loi vise à protéger), lesquelles peuvent influencer les déterminations au titre d'autres critères. À cet égard, le Groupe spécial devrait identifier: i) les consommateurs de chaque type de cigarettes, à savoir les cigarettes ordinaires, les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle; ii) les préférences en matière de cigarettes des groupes de consommateurs, en particulier les consommateurs visés par la Loi, exprimées en pourcentage; iii) la manière dont le rapport de concurrence est affecté par les préférences des consommateurs parmi les produits examinés et la question de savoir si les préférences des consommateurs, en particulier celles du groupe de consommateurs visé par la Loi, se déplacent vers l'autre groupe de produits. Si le transfert de la consommation se fait facilement, cela signifie que la concurrence entre les produits, et leur similarité, est grande.

19. Si le Groupe spécial devait déterminer qu'aux fins du présent différend, les cigarettes ordinaires et/ou les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes aromatisées aux clous de girofle sont des produits similaires, la mesure contestée contreviendrait à l'obligation de traitement national énoncée à l'Accord OTC et/ou à l'article III:4 du GATT de 1994, en fonction des autres éléments de cette obligation. Toutefois, à ce stade, la Turquie ne formulera pas d'observations concernant les autres éléments de l'obligation de traitement national. Cela dit, la Turquie tient à rappeler au Groupe spécial qu'il devrait examiner soigneusement les principaux lieux de production de chaque type de cigarettes, c'est-à-dire la question de savoir si elles sont produites dans le pays ou importées. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* en ce qui concerne le premier paragraphe de l'article III du GATT, qui énonce un principe général selon lequel des mesures

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

intérieures ne devront pas être appliquées de manière à protéger la production nationale, cette considération commande l'application de l'obligation de traitement national.[6]

V. CONCLUSION

20. La Turquie remercie le Groupe spécial de lui avoir donné l'occasion de présenter ses vues. Elle demande au Groupe spécial d'examiner les observations formulées dans la présente communication lorsqu'il interprétera l'Accord OTC et le GATT.

[6] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, pages 20 et 21.

ANNEXE C

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES DEUXIÈMES COMMUNICATIONS ÉCRITES DES TIERCES PARTIES

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

ANNEXE C-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DE L'INDONÉSIE

I. INTRODUCTION

1. L'Indonésie reconnaît que les règles de l'OMC accordent aux Membres un certain pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne leurs régimes réglementaires, en particulier pour ce qui est de la protection de la santé publique. Des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont constaté que certaines mesures qui restreignaient le commerce mais qui étaient nécessaires pour protéger la santé des personnes étaient compatibles avec les engagements contractés dans le cadre de l'OMC. Cependant, les règles de l'OMC disposent aussi clairement que le pouvoir discrétionnaire d'un Membre n'est pas illimité et que les Membres doivent satisfaire à certaines prescriptions lorsqu'ils adoptent des mesures qui restreignent le commerce. En l'espèce, ni les preuves scientifiques ni les données concernant le tabagisme n'étayent l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle qui ne frappe pas les cigarettes mentholées ou les cigarettes aromatisées au tabac. L'article 907 a) 1) A) de la Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques (modifiée par la Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial ("FSPTCA")) (ci-après dénommé la "Règle spéciale") est donc incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec l'article III:4 du GATT de 1994. Par ailleurs, les éléments de preuve montrent que la Règle spéciale est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire, ce qui est contraire à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Enfin, en adoptant la Règle spéciale, les États-Unis ne se sont pas conformés à certaines autres dispositions de l'Accord OTC, ce qui a entraîné des violations des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC.

II. LES FAITS

A. LES CIGARETTES AUX CLOUS DE GIROFLE N'ATTIRENT PAS MAJORITAIREMENT LES JEUNES

2. Les États-Unis ont allégué que les cigarettes aromatisées, y compris les cigarettes aux clous de girofle, étaient interdites parce qu'elles "attir[aient] majoritairement les jeunes". Lorsqu'il examine les résultats des diverses études présentées tant par l'Indonésie que par les États-Unis, le Groupe spécial devrait regarder de près les tranches d'âge utilisées par les États-Unis. À de nombreuses reprises, alors qu'ils formulent des allégations au sujet de la consommation de cigarettes aromatisées par les "jeunes", les États-Unis utilisent en fait les données des études qui portent à la fois sur les jeunes (17 ans et moins) et les jeunes adultes (18 à 25 ans). La FSPTCA elle-même et le rapport de la Chambre accompagnant la législation indiquent tous deux clairement que l'objectif de la FSPTCA est de réduire le tabagisme chez les moins de 18 ans. Les États-Unis ne peuvent pas attribuer à la mesure un nouvel objectif "réajusté" simplement pour que les données soient plus favorables à leur cause. Les taux de tabagisme chez les jeunes adultes ne sont donc pas pertinents pour les faits de la présente affaire et le Groupe spécial devrait prendre en compte uniquement les taux de consommation chez les jeunes (17 ans et moins) et les adultes (18 ans et plus).

3. Les États-Unis ont cité les résultats de l'Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes ("NYTS"), de Monitoring the Future ("MTF") et de l'Étude nationale sur la consommation de drogues et la santé ("NSDUH") à l'appui de leur allégation selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle étaient consommées "majoritairement" et "de façon disproportionnée" par les jeunes. L'Indonésie a relevé de nombreuses contradictions dans les données des études sur lesquelles les États-Unis se sont appuyés qui montrent, une fois corrigées, un taux de consommation inférieur à celui qui était initialement indiqué dans ces études. Cependant, même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que les taux signalés par les États-Unis soient exacts, les résultats prouveraient quand

même que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas du tout populaires auprès des jeunes, et encore moins "majoritairement". Par exemple, selon la NYTS, 11 pour cent des fumeurs interrogés (y compris les jeunes adultes de 21 ans ou moins) avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours des 30 jours précédents. Selon l'étude MTF, 5,5 pour cent des élèves de 12ème année (dont certains pouvaient avoir 18 ans) avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours de l'année précédente. La NSDUH, utilisant la question de l'enquête de 2003, qui a la préférence des États-Unis, indique que 5 pour cent des jeunes fumeurs avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours des 30 jours précédents. Ces données montrent qu'au minimum, près de 90 pour cent des jeunes qui fument n'ont même pas touché à une cigarette aux clous de girofle. Cela est compatible avec la conclusion des chercheurs de l'étude MTF selon laquelle "la consommation de kreteks [cigarettes aux clous de girofle] était une mode passagère qui n'avait tout simplement pas pris auprès de la plupart des jeunes". Les données des études montrent que les cigarettes mentholées, la pipe, les cigares et autres produits du tabac sont encore plus populaires chez les jeunes que les cigarettes aux clous de girofle.

4. Les données montrent en outre qu'un nombre stable, mais modeste de fumeurs adultes (en moyenne 0,3 pour cent) déclarent que les cigarettes aux clous de girofle sont bien celles qu'ils fument "le plus souvent". Une ventilation par tranche d'âge des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle interrogés par la *NSDUH* montre que les fumeurs de plus de 30 ans qui consomment régulièrement des cigarettes aux clous de girofle sont plus de dix fois plus nombreux que les fumeurs réguliers de ces cigarettes âgés de moins de 18 ans. Les adultes consomment bien des cigarettes aux clous de girofle et ce fait ne peut pas être écarté comme les États-Unis ont cherché à le faire.

5. Par ailleurs, l'Indonésie a présenté des éléments de preuve substantiels indiquant que les cigarettes "d'apprentissage" qui habituent les jeunes au tabagisme aux États-Unis ne sont pas les cigarettes aux clous de girofle, mais des marques populaires aux États-Unis, y compris les cigarettes mentholées. Quarante-deux pour cent des jeunes fumeurs consomment "le plus souvent" des cigarettes mentholées. Le taux de consommation moyen de ces cigarettes chez les adultes tombe à 30 pour cent, soit une baisse notable par rapport à celui des jeunes, qui indique que ces derniers commencent par des cigarettes mentholées avant de passer aux cigarettes aromatisées au tabac une fois adultes. Soixante pour cent des fumeurs adultes actuels de cigarettes aux clous de girofle ont indiqué "Marlboro" ou "Camel" comme marques de leurs premières cigarettes et deux tiers de tous les fumeurs actuels de cigarettes aux clous de girofle ont déclaré avoir fumé leur première cigarette aux clous de girofle plus d'un an après avoir essayé leur première cigarette. De plus, les cigarettes mentholées sont consommées par 62 pour cent des nouveaux fumeurs dans les collèges et par 46 pour cent des nouveaux fumeurs dans les lycées. Quatre-vingt-sept pour cent des fumeurs dans les lycées ne fument que trois marques très commercialisées: "Marlboro", "Camel" et "Newport". Deux des trois marques ayant fait l'objet de l'*Étude Klein* qui, selon les affirmations des États-Unis, montre que les cigarettes aromatisées attirent davantage les jeunes, étaient des cigarettes mentholées.

B. LES CIGARETTES AUX CLOUS DE GIROFLE PRÉSENTENT LES MÊMES RISQUES POUR LA SANTÉ QUE LES AUTRES CIGARETTES

6. L'Indonésie a présenté des éléments de preuve provenant de l'Office de contrôle des médicaments et des produits alimentaires ("FDA") et des Centres de lutte contre les maladies ("CDC") qui indiquent que les cigarettes aux clous de girofle sont tout aussi dépendogènes et comportent les mêmes risques pour la santé que les autres cigarettes. Elle a aussi présenté une série d'études de *Clark* (pièce IND-30) qui concluent que la fumée des cigarettes aux clous de girofle n'est pas plus nocive que celle des cigarettes ordinaires et que, dans certains cas, elle est moins nocive. Étant donné que le Département de la santé et des services sociaux ("HHS") n'a notifié au Congrès aucun risque pour la santé qui soit imputable aux ingrédients se trouvant dans les cigarettes aux clous de girofle, les États-Unis ne peuvent pas laisser entendre devant le présent Groupe spécial que des substances telles que l'eugénol, la coumarine et d'autres constituent "peut-être" un risque supplémentaire pour la santé lié aux cigarettes aux clous de girofle. Il n'y a strictement aucune preuve scientifique indiquant que

l'un quelconque de leurs ingrédients rend les cigarettes aux clous de girofle plus dangereuses que les autres cigarettes.

III. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ DE MANIÈRE ADÉQUATE LES ALLÉGATIONS DE L'INDONÉSIE RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL

7. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie s'est acquittée de la charge qui lui incombe d'établir *prima facie* que la Règle spéciale était incompatible à la fois avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec l'article III:4 du GATT de 1994. Comme l'Indonésie l'a indiqué dans sa première communication écrite, pour établir l'existence d'une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC, la partie plaignante doit démontrer: 1) que la mesure en cause est un règlement technique; 2) que les produits importés et les produits nationaux sont des produits "similaires"; et 3) que le traitement accordé au produit importé est moins favorable que celui qui est accordé au produit national similaire. Les éléments permettant d'établir l'existence d'une violation de l'article III:4 du GATT sont les mêmes sauf que l'article III:4 n'exige pas qu'une mesure soit un règlement technique, mais qu'elle soit une "loi, [un] règlement[] ou [une] prescription[] affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation [des produits importés et des produits similaires nationaux] sur le marché intérieur". L'Indonésie a établi l'existence de chacun des éléments requis pour chacune des allégations relatives au traitement national dans sa première communication.

A. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ L'ALLÉGATION *PRIMA FACIE* DE L'INDONÉSIE CONCERNANT L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

8. Comme l'Indonésie a établi *prima facie* le bien-fondé de ses allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT, la charge de la preuve est passée aux États-Unis qui doivent réfuter les allégations d'incompatibilité formulées par l'Indonésie. Or, dans leur première communication écrite, les États-Unis ont choisi de ne pas réfuter la présomption d'incompatibilité de la Règle spéciale avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et ont cherché au lieu de cela à contester l'allégation *prima facie* de l'Indonésie concernant l'article III:4 du GATT de 1994. Comme les États-Unis n'ont pas réfuté l'allégation *prima facie* de l'Indonésie concernant l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial devrait se prononcer en faveur de l'Indonésie au sujet de cette allégation.

B. LA RÈGLE SPÉCIALE ENFREINT L'ARTICLE III:4 DU GATT

9. Dans sa première communication, l'Indonésie a montré que les cigarettes aux clous de girofle étaient "similaires" aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac de fabrication nationale en appliquant les quatre critères définis par des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel pour l'évaluation de la similarité. Pour chacun de ces critères, les États-Unis essaient d'établir des distinctions des plus ténues entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac afin de montrer qu'elles ne sont pas "similaires". Les distinctions subtiles indiquées par les États-Unis sont insignifiantes et n'enlèvent rien au rapport de concurrence qui existe entre les cigarettes aux clous de girofle, d'une part, et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac, d'autre part.

10. Les États-Unis affirment que, du fait que les ingrédients spécifiques des cigarettes aux clous de girofle sont différents de ceux des cigarettes mentholées et des cigarettes aromatisées au tabac, ces cigarettes n'ont pas en commun des caractéristiques physiques suffisantes pour être des produits "similaires". La question pertinente, toutefois, est de savoir si les trois types de cigarettes ont tous en commun des "propriétés" ou "caractéristiques" physiques semblables. L'Indonésie a démontré dans sa première communication que c'était le cas – ils utilisent tous des substances aromatisantes mélangées à du tabac pour donner l'arôme spécifique souhaité, et se présentent au consommateur enroulés dans

du papier et munis d'un filtre. L'Indonésie a présenté des éléments de preuve indiquant que 80 pour cent du tabac utilisé dans les cigarettes aux clous de girofle est du même type que le tabac utilisé dans les cigarettes fabriquées aux États-Unis. Les trois types de cigarettes répondent à la définition d'une cigarette établie par les États-Unis et relèvent tous de la même catégorie taille/poids aux fins fiscales.

11. Les États-Unis essaient d'occulter ces similitudes en mettant en avant plusieurs différences physiques alléguées entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Ces allégations à la fois déforment les faits concernant les cigarettes aux clous de girofle et méconnaissent les faits pertinents concernant les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac.

12. Premièrement, les États-Unis affirment que du fait que les cigarettes aux clous de girofle sont aromatisées par des clous de girofle et une "sauce" comprenant d'autres arômes, elles possèdent des caractéristiques physiques différentes de celles des cigarettes mentholées et des cigarettes aromatisées au tabac. Cette affirmation ne tient pas compte du fait que les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac ont les unes et les autres leurs propres agents aromatisants, qui sont aussi appelés "sauce" ou "sauçage". La soi-disant "sauce" des cigarettes aux clous de girofle est très semblable aux ingrédients aromatisants utilisés dans les cigarettes américaines. Toutes les cigarettes fabriquées aux États-Unis, et pas seulement les cigarettes aux clous de girofle comme les États-Unis l'allèguent, contiennent des aromatisants ajoutés pour distinguer leur goût de celui des autres cigarettes.

13. Deuxièmement, les États-Unis affirment à tort que, contrairement aux cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac ne contiennent pas de quantités importantes de produits alimentaires. Au contraire, les fabricants des États-Unis ont publié une liste de près de 600 ingrédients utilisés dans une grande variété de cigarettes. Ces ingrédients comprennent un certain nombre de produits alimentaires, y compris le cacao, le chocolat, la réglisse, le sucre, le miel, le sirop d'érable, le jus de pomme, le jus de betterave, le jus de raisin, le jus d'ananas, le jus de prune, le café, l'huile de maïs et le vinaigre. De plus, le menthol lui-même est un aromatisant alimentaire courant.

14. Troisièmement, les États-Unis essaient de faire apparaître divers ingrédients des cigarettes aux clous de girofle, tels que l'eugénol et la coumarine, comme étant plus dangereux que les ingrédients des cigarettes mentholées ou des cigarettes aromatisées au tabac. Les données scientifiques et autres n'étayent pas cette allégation.

15. Enfin, les États-Unis allèguent dans leur première communication écrite que "les caractéristiques physiques uniques des cigarettes aux clous de girofle apportent aux fumeurs une expérience physique qui est différente de celle qu'apportent d'autres cigarettes comme les cigarettes au tabac ou mentholées". L'Indonésie conteste que les cigarettes aux clous de girofle doivent leur conception à leurs caractéristiques physiques "uniques". Les cigarettes sont conçues pour offrir un certain niveau d'intensité aromatique, que cet arôme soit le clou de girofle, le menthol ou le tabac.

16. L'Indonésie estime que l'utilisation finale de toutes les cigarettes est la même – c'est-à-dire qu'elles sont utilisées pour fumer du tabac. L'apport de nicotine est une conséquence de cette utilisation finale puisque tous les produits du tabac contiennent de la nicotine.

17. Les données montrent que la quantité de nicotine apportée par une cigarette est déterminée par la quantité de fumée inhalée. Les États-Unis eux-mêmes ont présenté une étude qui montre que les niveaux de nicotine dans le sang et les fréquences cardiaques sont exactement les mêmes chez une personne ayant fumé une cigarette aux clous de girofle et une cigarette ordinaire. Les données scientifiques montrent que les cigarettes aromatisées, y compris aux clous de girofle, sont aussi dépendogènes que les autres cigarettes. Dans la mesure où il existe des renseignements sur le lien entre le type de cigarette et le degré de dépendance, ces éléments de preuve indiquent que les fumeurs

de cigarettes mentholées ont beaucoup plus de difficulté à cesser de fumer et pourraient être plus dépendants que les autres fumeurs.

18. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie a présenté des éléments de preuve indiquant que la plupart des consommateurs perçoivent les cigarettes aux clous de girofle, et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac comme un autre moyen de fumer, ainsi que le démontrent les consommateurs qui passent activement de l'un à l'autre des trois types de cigarettes pour l'utilisation finale, qui est l'acte de fumer. L'Indonésie et les États-Unis conviennent que la majorité des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle (75 à 79 pour cent) fument aussi des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires. Or, bien qu'ils reconnaissent ce fait, les États-Unis font valoir dans leur première communication écrite que les consommateurs font la différence entre ces cigarettes de sorte qu'elles ne sont pas dans un rapport de concurrence les unes avec les autres. Les faits n'étayent tout simplement pas l'affirmation des États-Unis.

19. Premièrement, les États-Unis affirment que les cigarettes aux clous de girofle, et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac ne se font pas concurrence parce que les cigarettes aux clous de girofle sont utilisées"pour les occasions spéciales". L'Indonésie conteste que les cigarettes aux clous de girofle soient utilisées uniquement comme des cigarettes occasionnelles ou réservées à une occasion spéciale. Les données de la *NSDUH* présentées par l'Indonésie montrent qu'il y a une proportion modeste, mais stable d'adultes qui déclarent fumer "le plus souvent" des cigarettes aux clous de girofle. Les cigarettes aux clous de girofle ont été vendues aux États-Unis pendant 40 ans et elles n'ont jamais été commercialisées comme un produit "saisonnier" ou vendues "en nombre limité". Ce qui est surtout pertinent, c'est que les fumeurs sont connus pour passer des cigarettes aux clous de girofle aux cigarettes mentholées ou aux cigarettes au tabac, ce qui montre qu'ils sont, en fait, prêts à substituer les produits pour la même utilisation finale, qui est l'acte de fumer.

20. Deuxièmement, les États-Unis essaient aussi d'établir des distinctions dans le comportement des consommateurs en affirmant que les jeunes fumeurs fument "majoritairement" des cigarettes aux clous de girofle, alors qu'une faible proportion d'adultes seulement en fument. Selon eux, cela tranche nettement avec les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac qui "sont régulièrement consommées par une grande proportion de jeunes, mais surtout par des adultes, qui en fument régulièrement". Aucun des éléments de preuve présentés par les États-Unis ne le montre. En fait, les données dont les États-Unis se servent pour étayer leur affirmation prouvent en réalité qu'au minimum près de 90 pour cent des jeunes fumeurs (de moins de 18 ans) ne consomment pas de cigarettes aux clous de girofle. Les éléments de preuve montrent que les cigarettes mentholées sont beaucoup plus populaires auprès des jeunes que les cigarettes aux clous de girofle. De plus, les adultes fument bien des cigarettes aux clous de girofle. Il n'y a tout simplement pas d'élément de preuve qui donne à penser que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas similaires aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac pour ce qui est de leur usage par les jeunes et les adultes.

21. Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes de fabrication nationale relèvent du même classement tarifaire international au niveau des positions à six chiffres (2402.20). Le niveau de classement pertinent est celui des positions à six chiffres car c'est le niveau le plus détaillé auquel des comparaisons peuvent être faites sur le plan international.

22. En résumé, l'Indonésie a établi que les cigarettes aux clous de girofle avaient les mêmes caractéristiques physiques, utilisations finales et préférences des consommateurs, et le même classement tarifaire que les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Aucune des affirmations avancées par les États-Unis n'indique qu'il existe entre les trois types de cigarettes des différences notables qui les rendraient non "similaires".

23. Puisqu'il s'agit de produits "similaires", l'article III:4 du GATT exige que les cigarettes aux clous de girofle importées ne soient pas soumises à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac de fabrication nationale sur le marché des États-Unis. Bien qu'elle soit neutre telle qu'elle est libellée, la Règle spéciale aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre des produits importés. L'interdiction des arômes caractérisants ne vise pas les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Tant les cigarettes mentholées que les cigarettes au tabac sont principalement fabriquées aux États-Unis, alors que les cigarettes aux clous de girofle, qui sont interdites, sont majoritairement importées d'Indonésie. En interdisant les cigarettes aux clous de girofle et non les produits nationaux similaires (cigarettes mentholées et cigarettes aromatisées au tabac), les États-Unis ont modifié les conditions de concurrence au détriment des cigarettes aux clous de girofle importées. En fait, la quasi-totalité des cigarettes de fabrication nationale n'a pas été affectée par les restrictions imposées par la Règle spéciale, de sorte que celle-ci aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre des cigarettes aux clous de girofle importées.

24. L'Indonésie et un certain nombre de tierces parties ont exprimé leurs préoccupations au sujet de l'argument des États-Unis selon lequel l'Indonésie devait démontrer que la Règle spéciale accordait un traitement différent aux cigarettes aux clous de girofle "sur la base de leur origine nationale". Aucun rapport de groupe spécial ou de l'Organe d'appel n'a exigé à la fois un critère du "traitement moins favorable" et un deuxième critère "sur la base de l'origine nationale" en relation avec l'article III:4 du GATT de 1994. Comme l'Indonésie et les tierces parties l'ont expliqué, les produits nationaux et les produits importés peuvent être traités différemment, mais ce traitement sera "moins favorable" s'il a pour effet de modifier les conditions de concurrence au détriment des produits importés. L'Indonésie demande instamment au Groupe spécial de rejeter l'idée des États-Unis selon laquelle la Règle spéciale doit établir une discrimination "sur la base de l'origine nationale" pour qu'il en résulte un "traitement moins favorable" pour les cigarettes aux clous de girofle importées.

25. Les États-Unis ont également tort de dire que "le fait que des cigarettes nationales sont également visées par l'interdiction et que la grande majorité des cigarettes importées reste autorisée à la vente aux États-Unis signifie que la Règle spéciale ne prévoit pas un "traitement moins favorable"". Il est possible d'établir l'existence d'une violation de l'article III:4 en montrant qu'il y a certains produits importés qui sont soumis à un traitement moins favorable par rapport au produit national similaire bénéficiant du traitement le plus favorable. Le principe est simple – si les produits en cause sont "similaires", alors un Membre ne peut pas accorder au produit importé un "traitement moins favorable". En l'espèce, la comparaison pertinente consiste à déterminer si les cigarettes aux clous de girofle importées sont "similaires" à l'une quelconque des cigarettes nationales qui n'ont pas été interdites, à savoir les cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac. Il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial examine si les cigarettes aux clous de girofle sont soumises à un traitement moins favorable par rapport aux cigarettes nationales qui ont aussi été interdites ou aux cigarettes importées qui n'ont pas été interdites. De plus, contrairement à ce que les États-Unis laissent entendre, ni l'intention d'établir une discrimination à l'encontre des importations ni l'effet économique d'une mesure ne font partie de l'analyse du "traitement moins favorable" par le Groupe spécial.

26. En l'espèce, l'Indonésie a montré que les États-Unis soumettaient les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux cigarettes mentholées et aux cigarettes au tabac nationales "similaires". Les cigarettes aux clous de girofle sont interdites alors que les cigarettes mentholées et celles qui sont aromatisées au tabac ne le sont pas. L'allégation des États-Unis concernant une prescription "sur la base de l'origine nationale", les raisons pour lesquelles les États-Unis interdisent les cigarettes aux clous de girofle mais non les deux types "similaires" de cigarettes, et l'effet de l'interdiction ne devraient pas détourner l'attention du Groupe spécial de ce simple fait.

IV. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ L'ALLÉGATION DE L'INDONÉSIE SELON LAQUELLE LA RÈGLE SPÉCIALE ÉTAIT INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

27. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie a établi *prima facie* que la Règle spéciale était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC parce qu'elle était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour protéger la santé des personnes compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait et que, par conséquent, elle constituait un obstacle non nécessaire au commerce international. En réponse, les États-Unis ont non seulement exprimé leur désaccord avec l'Indonésie sur le cadre approprié de l'analyse du Groupe spécial mais encore soutenu que l'Indonésie n'avait pas établi l'existence d'une violation de l'article 2.2. Le critère proposé par les États-Unis aux fins de l'analyse de l'article 2.2 est erroné et leurs autres affirmations sont de même dénuées de fondement.

A. CADRE D'ANALYSE DU GROUPE SPÉCIAL

28. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie a dit que le critère pour l'application de l'article XX b) du GATT et de son texte introductif que des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel avaient établi pouvait s'appliquer à l'analyse de l'article 2.2 de l'Accord OTC par le Groupe spécial. Il apparaîtrait que la similitude entre le texte de l'article XX du GATT de 1994 et de son alinéa b), d'une part, et de celui de l'article 2.2 et du Préambule de l'Accord OTC, d'autre part, indique une forte corrélation entre ces deux dispositions quant au sens qu'elles sont censées avoir. Le but de l'article 2.2 de l'Accord OTC, lu conjointement avec le Préambule, est semblable à celui de l'article XX du GATT de 1994 en ce sens que les deux dispositions permettent aux Membres d'avoir en place des mesures qui restreignent le commerce, pour autant i) que le Membre poursuive un objectif légitime; ii) que la mesure soit nécessaire pour réaliser l'objectif; et iii) que la mesure ne soit pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif. Ce sont ces trois facteurs que le Groupe spécial devrait évaluer pour analyser si la Règle spéciale est compatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

29. Les États-Unis, quant à eux, qualifient le cadre proposé de "radical" et préconisent au lieu de cela le recours à l'article 5:6 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires ("Accord SPS") comme contexte pertinent pour l'interprétation l'article 2.2 de l'Accord OTC. Leur argument n'est pas convaincant pour plusieurs raisons. Premièrement, il est difficile de comprendre pourquoi l'Accord SPS constituerait un contexte pertinent, mais non le GATT de 1994. Deuxièmement, les États-Unis accordent trop d'importance aux différences contextuelles du mot "nécessaire" qui figure à l'article 2.2 de l'Accord OTC et à l'article XX du GATT. La "différence contextuelle" affirmée par les États-Unis ne dit rien sur le sens ordinaire du mot "nécessaire". Enfin, le libellé utilisé dans l'article 5:6 de l'Accord SPS est plus spécifique et impose une plus lourde charge aux Membres contestant une mesure que le libellé de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Par contre, le libellé de l'article 2.2 est très semblable à celui de l'article XX du GATT de 1994.

B. OBJECTIF LÉGITIME DE LA RÈGLE SPÉCIALE

30. Pour ce qui est de savoir quel objectif est poursuivi par la mesure spéciale, l'Indonésie estime que le Groupe spécial devrait examiner le rapport de la Chambre qui accompagne la FSPTCA. Selon ce rapport, l'objectif de la Règle spéciale est la protection de la santé publique grâce à une réduction du nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes. L'Indonésie admet que tant la protection de la santé des personnes au moyen de la réglementation des produits du tabac que la réduction du tabagisme chez les jeunes sont des objectifs légitimes.

31. Les États-Unis affirment que l'objectif de la Règle spéciale est de "protéger la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme chez les jeunes tout en évitant les conséquences négatives

possibles associées à l'interdiction de produits auxquelles des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants à cause des conséquences possibles, mais inconnues, sur la santé des consommateurs individuels ou de la population dans son ensemble". Cette formulation s'écarte donc de celle du rapport de la Chambre sur plusieurs points importants qui ont des implications pour l'analyse par le Groupe spécial des moyens de défense des États-Unis.

32. Premièrement, les États-Unis font référence aux "jeunes" et non aux "enfants et adolescents" comme le fait le rapport de la Chambre. D'après leur propre définition, ils essaient d'inclure à la fois les "enfants" (âgés de 17 ans et moins) et les "jeunes adultes" (âgés de 18 à 25 ans) dans une catégorie de "jeunes" (âgés de 12 à 26 ans). En faisant référence à des "jeunes" plutôt qu'à des "enfants et adolescents", ou à la "jeunesse", il apparaît que les États-Unis essaient de "réajuster" l'objectif de la Règle spéciale pour qu'il couvre une population plus large que celle qui était envisagée par le Congrès. Le rapport de la Chambre dit clairement que la Règle spéciale vise à réduire le tabagisme chez les enfants et les adolescents (personnes âgées de 17 ans ou moins).

33. Deuxièmement, devant le Groupe spécial, les États-Unis ajoutent à l'objectif de la Règle spéciale le fait d'"éviter les conséquences négatives *possibles* pour la santé". Selon l'Indonésie, cela ne fait pas partie de l'objectif de la Règle spéciale tel qu'il est énoncé dans le rapport de la Chambre. Quoi qu'il en soit, les États-Unis ne présentent aucune preuve, scientifique ou autre, à l'appui de ces effets censés être négatifs pour la santé (par exemple, la pression sur le système de soins de santé et l'expansion du marché noir de la cigarette) que la Règle spéciale vise à éviter; la raison en est, comme les États-Unis le reconnaissent, que ces conséquences sont "inconnues". En réalité, il y a des éléments de preuve qui indiquent qu'un objectif autre que celui qui consiste à "éviter les conséquences négatives possibles pour la santé" a influencé la conception de la Règle spéciale. L'Indonésie a présenté des éléments de preuve montrant que les États-Unis n'avaient pas inclus les cigarettes mentholées dans la Règle spéciale parce qu'un cigarettier national s'y était opposé.

C. PLUS RESTRICTIF POUR LE COMMERCE QU'IL N'EST NÉCESSAIRE

34. Aussi légitime que puisse être son objectif, la Règle spéciale elle-même n'est pas nécessaire pour le réaliser. Les arguments avancés par les États-Unis pour réfuter l'allégation *prima facie* de l'Indonésie doivent être rejetés parce que le point essentiel de leur moyen de défense – à savoir que la Règle spéciale interdit uniquement les cigarettes "d'apprentissage" que les adultes ne consomment pas régulièrement – n'est pas étayé par des éléments de preuve. En conséquence, la Règle spéciale ne contribue pas de manière importante à la réalisation de l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes et la non-interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne présenterait donc aucun risque notable pour la réalisation de l'objectif de la mesure, à savoir réduire le tabagisme chez les jeunes. À ce stade, la question de savoir s'il existe des mesures moins restrictives pour le commerce est sans intérêt car la Règle spéciale ne peut pas être nécessaire si elle ne réalise pas son objectif. Or, comme l'Indonésie l'a démontré dans sa première communication écrite, il existe plusieurs mesures moins restrictives pour le commerce que les États-Unis pourraient appliquer afin de limiter les possibilités pour les jeunes de se procurer des cigarettes aux clous de girofle.

35. Lorsqu'il détermine si la Règle spéciale est "nécessaire" pour réaliser son objectif, le Groupe spécial devrait examiner si elle apporte une contribution importante à la réalisation de l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes. L'Indonésie estime que la Règle spéciale ne peut pas apporter une contribution importante au niveau de protection élevé recherché par les États-Unis en interdisant la cigarette que la plupart des jeunes ne fument pas.

36. L'article 2.2 de l'Accord OTC dispose que la nécessité d'une mesure doit être déterminée compte tenu des risques associés à la non-adoption de la mesure contestée (c'est-à-dire, le risque de non-réalisation). En conséquence, le Groupe spécial devrait évaluer l'incidence probable de la non-interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Pour ce faire, il lui faudrait de nouveau examiner

si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, mais non des cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac, contribue à une réduction du tabagisme chez les jeunes. L'Indonésie a établi *prima facie* que le fait de ne pas interdire les cigarettes aux clous de girofle ne présenterait aucun risque notable pour l'objectif déclaré de la Règle spéciale ou la santé des adolescents.

37. Les États-Unis affirment, quant à eux, que le risque de non-réalisation est que "les taux de tabagisme chez les jeunes demeurent inchangés". Comme très peu d'adolescents fument effectivement des cigarettes aux clous de girofle, on voit mal comment le fait de ne pas les interdire changerait quoi que ce soit, de façon importante ou non, aux taux de tabagisme, à plus forte raison pour ce qui est de la réduction de 50 pour cent recherchée par la FSPTCA. Les États-Unis l'ont bien admis lorsqu'ils n'ont pas pu fournir de données sur la réduction du tabagisme chez les jeunes depuis l'entrée en vigueur de la Règle spéciale.

38. Comme l'Indonésie a produit des éléments de preuve indiquant que la Règle spéciale ne contribue pas de manière importante à l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes et que le fait de ne pas interdire les cigarettes aux clous de girofle ne présenterait pas un risque notable pour la réalisation de l'objectif, c'est aux États-Unis qu'il incombe de réfuter cette allégation. Puisque les États-Unis ne se sont pas acquittés de cette obligation, la Règle spéciale n'est pas nécessaire. À ce titre, il n'est pas nécessaire d'examiner si des mesures moins restrictives pour le commerce pouvaient être appliquées.

39. Cependant, si le Groupe spécial en disconvient, l'Indonésie a démontré dans sa première communication écrite que les États-Unis pouvaient appliquer plusieurs mesures moins restrictives pour le commerce afin de limiter les possibilités pour les jeunes de se procurer des cigarettes aux clous de girofle. Ces mesures consistent à limiter la vente aux lieux réservés aux adultes, à imposer des restrictions concernant la publicité/l'étiquetage et à relever l'âge minimum requis pour l'achat du produit. Les États-Unis font valoir que l'Indonésie n'a pas prouvé que les mesures de rechange qu'elle proposait réaliseraient l'objectif de la mesure au niveau de protection voulu par les États-Unis ni que ces mesures de rechange étaient sensiblement moins restrictives pour le commerce.

40. Tout d'abord, l'Indonésie n'a pas à montrer que les mesures de rechange qu'elle propose sont "sensiblement" moins restrictives pour le commerce, mais seulement qu'elles sont "moins restrictives pour le commerce". N'importe laquelle des mesures de rechange proposées par l'Indonésie aurait été "moins restrictive pour le commerce" que la mesure appliquée par les États-Unis – une interdiction complète de l'importation, de la production et de la vente de toutes les cigarettes aux clous de girofle. Toutes les mesures de rechange proposées étaient raisonnablement disponibles pour les États-Unis et pourraient permettre de réduire le tabagisme chez les jeunes car elles soit 1) figuraient déjà dans la FSPTCA et étaient considérées efficaces par les États-Unis pour empêcher les jeunes de fumer des cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac; soit 2) avaient été adoptées par les États-Unis dans d'autres contextes pour retirer les cigarettes aromatisées du marché et auraient pu être incorporées dans la FSPTCA; soit encore 3) étaient employées par d'autres pays dans le même but de réduire le tabagisme chez les jeunes.

41. Par exemple, les États-Unis auraient pu s'appuyer sur les autres pouvoirs de réglementation prévus dans le projet de loi pour prévenir le tabagisme chez les jeunes et obtenir le même résultat qu'avec la Règle spéciale. Comme l'Indonésie l'a démontré, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne peut pas réduire fortement le tabagisme chez les jeunes parce que très peu de jeunes en fument et qu'il n'y a aucun élément de preuve indiquant qu'il s'agit d'une cigarette de débutant qui incite à fumer d'autres cigarettes. Ainsi, si les États-Unis considèrent que les mesures visant à réduire la consommation de cigarettes mentholées et de cigarettes aromatisées au tabac chez les jeunes sont efficaces, elles devraient être tout aussi efficaces pour réduire la consommation de cigarettes aux clous de girofle chez les jeunes. Dans la mesure où les États-Unis craignent que les sociétés productrices de tabac n'introduisent sur le marché de nouvelles cigarettes aromatisées, la FSPTCA confère au HHS le

pouvoir d'approuver les nouveaux produits du tabac et elle peut donc empêcher que de nouvelles cigarettes aromatisées ne soient accessibles aux jeunes. Les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve pour réfuter l'applicabilité raisonnable des mesures de rechange proposées par l'Indonésie ou leur capacité de réduire le tabagisme chez les jeunes.

D. RESTRICTION DÉGUISÉE AU COMMERCE INTERNATIONAL

42. Le préambule de l'Accord OTC dispose, entre autres, que des règlements techniques peuvent être adoptés "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". Ainsi, même s'il constate que la Règle spéciale était nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes, le Groupe spécial doit aussi examiner si elle constitue une restriction déguisée au commerce international. L'Indonésie pense que c'est le cas. En concevant l'interdiction des "arômes caractérisants" de façon telle que quasiment aucune cigarette produite dans le pays, y compris celles qui étaient les plus populaires auprès des jeunes, n'était retirée du marché, les États-Unis ont pu créer l'apparence d'une action énergique de lutte contre le tabagisme chez les jeunes, sans causer en fait le moindre préjudice réel aux sociétés productrices de tabac des États-Unis, ni supprimer des cigarettes produites dans le pays qui étaient populaires auprès des jeunes. Comme il a été dit plus haut, la portée de l'interdiction figurant dans la Règle spéciale résultait d'un compromis avec la branche de production nationale et n'était pas uniquement motivée par des considérations de santé publique. Compte tenu de ce fait et des autres éléments de preuve indiquant que la Règle spéciale n'est pas "nécessaire", le Groupe spécial devrait constater que la Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

V. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ DE MANIÈRE ADÉQUATE LES AUTRES ALLÉGATIONS DE L'INDONÉSIE AU TITRE DE L'ACCORD OTC

A. LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC LEURS OBLIGATIONS AU TITRE DE L'ARTICLE 2.5 DE L'ACCORD OTC

43. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie a montré en quoi les États-Unis n'avaient pas justifié la Règle spéciale conformément aux dispositions de l'article 2.5. L'article 2.5 de l'Accord OTC exige d'un Membre qu'il justifie sa mesure "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4", y compris en fournissant les "données scientifiques et techniques" concernant les "risques que la non-réalisation [de l'objectif sanitaire] entraînerait", et en expliquant comment la mesure choisie "réalise" l'objectif recherché. C'est précisément cet élément "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" qui manquait dans les réponses que les États-Unis ont données à l'Indonésie. Comme l'Indonésie a établi *prima facie* le bien-fondé de ses allégations et que les États-Unis n'ont pas réfuté de manière adéquate ces allégations, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'Accord OTC.

B. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ LES ALLÉGATIONS DE L'INDONÉSIE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.8 DE L'ACCORD OTC

44. Les États-Unis soutiennent qu'en ce qui concerne la Règle spéciale, une norme basée sur les propriétés d'emploi n'était pas appropriée étant donné que ce sont les additifs, les arômes, les herbes et les épices que la Règle spéciale est censée viser. L'Indonésie estime que l'interdiction des cigarettes ayant un arôme caractérisant aurait pu être précisée en fonction des propriétés d'emploi plutôt que des caractéristiques descriptives, et qu'il aurait été approprié de le faire. Elle a présenté des éléments de preuve montrant que presque toutes les cigarettes comprennent au moins certains additifs, arômes, herbes et épices. Les États-Unis ont indiqué que la présence de constituants ou d'additifs ne répondait pas à la définition d'un "arôme caractérisant" en soi. En l'absence d'une norme basée sur les propriétés d'emploi, un fabricant ne peut pas savoir quelles cigarettes sont réputées avoir un arôme caractérisant

de quelque chose d'autre que le tabac ou le menthol. En l'espèce, le produit peut être défini en fonction de ses propriétés d'emploi. À ce titre, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.8 de l'Accord OTC en omettant de spécifier une norme basée sur les propriétés d'emploi dans la Règle spéciale.

C. LES ÉTATS-UNIS ADMETTENT AVOIR AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.9 DE L'ACCORD OTC

45. Les États-Unis ont admis qu'ils n'avaient pas notifié la Règle spéciale conformément à l'article 2.9 ou 2.10 de l'Accord OTC. Par conséquent, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9 de l'Accord OTC.

D. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ LES ALLÉGATIONS DE L'INDONÉSIE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.12 DE L'ACCORD OTC

46. Comme l'Indonésie a établi *prima facie* que le délai de 90 jours ménagé avant l'entrée en vigueur de la Règle spéciale était sensiblement plus court que celui de six mois normalement requis et que les États-Unis n'ont pas affirmé l'existence de "circonstances d'urgence" entourant l'adoption de la Règle spéciale, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'Accord OTC.

E. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ LES ALLÉGATIONS DE L'INDONÉSIE AU TITRE DE L'ARTICLE 12.3 DE L'ACCORD OTC

47. L'Indonésie dit qu'elle a présenté des éléments de preuve *prima facie* indiquant que les États-Unis n'ont pas pris en considération, en même temps que d'autres facteurs, ses besoins spéciaux en tant que pays en développement avant de prendre une décision qui créait un obstacle non nécessaire au commerce. Il s'agit uniquement de savoir si les actions des États-Unis satisfaisaient aux prescriptions de l'article 12.3 de l'Accord OTC. L'article 12.3 de l'Accord OTC exige d'un Membre qu'il agisse de manière affirmative. Les actions que les États-Unis ont engagées sont loin de satisfaire aux prescriptions de l'article 12.3 de l'Accord OTC et, par conséquent, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs engagements dans le cadre de l'OMC.

VI. LA RÈGLE SPÉCIALE NE PEUT PAS ÊTRE JUSTIFIÉE AU REGARD DE L'ARTICLE XX DU GATT

48. Dans leur première communication écrite, les États-Unis affirment que s'il est constaté que la Règle spéciale est incompatible avec l'article III:4 du GATT, alors elle est justifiée au regard de l'article XX du GATT. L'Indonésie a déjà démontré, dans la section IV ci-dessus, que l'interdiction figurant dans la Règle spéciale n'était pas nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes et qu'elle constituait une restriction déguisée au commerce international. À ce titre, l'article XX du GATT ne permet pas de soustraire la Règle spéciale à une constatation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC.

VII. LA RÈGLE SPÉCIALE A ANNULÉ OU COMPROMIS DES AVANTAGES REVENANT À L'INDONÉSIE

49. Comme l'Indonésie a établi que les États-Unis avaient manqué à leurs obligations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994, il y a présomption qu'ils ont annulé ou compromis des avantages revenant à l'Indonésie au sens de l'article XXIII:1 a) du GATT. Les États-Unis n'ont pas réfuté cette présomption et, par conséquent, le Groupe spécial devrait constater que la Règle spéciale a annulé ou compromis des avantages revenant à l'Indonésie.

VIII. CONCLUSION

50. L'Indonésie a établi *prima facie* le bien-fondé de ses allégations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et des articles 2.1, 2.2, 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC. Les États-Unis n'ont pas réfuté ces allégations. L'Indonésie a l'honneur de demander au Groupe spécial de constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs engagements dans le cadre de l'OMC indiqués ci-dessus et de recommander que les États-Unis mettent leur mesure en conformité.

ANNEXE C-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

I. INTRODUCTION

1. L'article 907 a) 1) A) est une mesure de santé publique fondée sur la façon dont les cigarettes sont consommées par la population des États-Unis dans son ensemble. Les cigarettes ayant certains arômes caractérisants sont interdites en application de la mesure parce qu'elles sont particulièrement attrayantes pour les jeunes – et sont donc particulièrement nocives car elles facilitent la dépendance – sans être consommées par un grand nombre d'adultes. À ce titre, du point de vue de la santé publique, il est à la fois souhaitable et approprié de les interdire. Les allégations de l'Indonésie à l'encontre de l'article 907 a) 1) A) s'appuient sur des arguments qui sont soit vagues soit erronés en droit, et sur des affirmations factuelles non étayées par des éléments de preuve et réfutées par les éléments de preuve présentés par les États-Unis. Et au lieu d'aborder les questions de santé publique liées à l'article 907 a) 1) A) et au tabagisme chez les jeunes, l'Indonésie nie simplement leur existence.

2. S'agissant du traitement national, l'Indonésie soutient à tort que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées, et que l'article 907 a) 1) A) accorde aux produits indonésiens un traitement moins favorable parce qu'il n'interdit pas également toutes les cigarettes nationales. Or, les faits pertinents confirment que dans les circonstances de l'espèce, les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas "similaires" aux cigarettes au tabac ou mentholées. De plus, l'interdiction des arômes énoncée dans l'article 907 a) 1) A) s'applique en fait aussi bien aux cigarettes importées qu'aux cigarettes nationales, et elle ne s'applique pas à la grande majorité des cigarettes importées.

3. Tout comme ses arguments relatifs au traitement national, les arguments de l'Indonésie concernant l'article 2.2 de l'Accord OTC sont dénués de fondement. En particulier, l'Indonésie n'a pas présenté d'éléments de preuve, encore moins d'éléments de preuve suffisants, pour établir qu'il existe une mesure moins restrictive pour le commerce et raisonnablement applicable qui réalise l'objectif de l'article 907 a) 1) A) au niveau que les États-Unis considèrent approprié. À ce titre, l'Indonésie n'a pas établi *prima facie* le bien-fondé de son allégation selon laquelle l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

II. ARGUMENTS JURIDIQUES

A. ALLÉGATIONS RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL FORMULÉES AU TITRE DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994 ET DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

4. Comme ils l'ont fait observer dans leurs réponses à la première série de questions posées par le Groupe spécial aux parties, les États-Unis considèrent que le Groupe spécial peut examiner conjointement les allégations relatives au traitement national formulées au titre du GATT de 1994 et de l'Accord OTC, compte dûment tenu du contexte particulier et des prescriptions se rapportant à chaque allégation. En fait, les États-Unis estiment que l'Accord OTC constitue un contexte spécifique, qui est pertinent pour les analyses du traitement national au regard de l'Accord OTC et du GATT de 1994. Le thème récurrent exprimé dans le Préambule est que des mesures techniques peuvent établir entre les produits des distinctions qui affectent le commerce international, pour autant que certaines conditions soient remplies. Ainsi, comme il ressort du texte de l'Accord OTC, les Membres ont reconnu que les mesures techniques servaient souvent à prescrire et proscrire des caractéristiques de produits, à établir des prescriptions et des normes, et que ces mesures pouvaient souvent – de manière légitime et admissible – affecter le commerce international et l'accès aux

marchés pour les produits, tant étrangers que nationaux. Considéré isolément, le simple fait qu'un règlement technique puisse affecter le commerce international ne prouve pas que la mesure est incompatible avec des obligations commerciales. Ce niveau de contexte est aussi pertinent pour l'analyse du traitement national au regard du GATT de 1994, car les règlements techniques sont un sous-ensemble particulier des mesures visées par l'article III:4.

5. L'analyse du "produit similaire" que fait l'Indonésie est incohérente – variant d'une communication à l'autre – et sans rapport avec les faits du différend ou le contexte constitué par les Accords. L'Indonésie commence dans sa première communication écrite par noter – comme elle le devrait – la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle l'expression "produit similaire" "doit être interprétée à la lumière d[e son] 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". Cependant, après avoir noté le caractère contextuel de la "similarité", dans les paragraphes qui suivent immédiatement, l'Indonésie met ce principe de côté et invoque les conclusions formulées dans deux différends dont les situations factuelles sont entièrement différentes pour étayer son allégation selon laquelle "toutes" les cigarettes devraient être réputées être des produits "similaires". Dans ses réponses à la première série de questions posées par le Groupe spécial aux parties, l'Indonésie amorce ensuite un changement radical – laissant entendre que toutes les cigarettes ne sont *pas* nécessairement des produits "similaires". Elle avance cette qualification en réponse à une question concernant le traitement fiscal apparemment différent et moins favorable qu'elle accorde aux cigarettes étrangères.

6. En outre, dans sa première communication écrite, l'Indonésie a reconnu – comme elle le devrait – que les cigarettes ayant des arômes caractérisants, par exemple aux baies ou au chocolat, étaient pertinentes pour le différend, et elle les a incluses dans son analyse du produit similaire. Il est significatif que l'Indonésie a reconnu comme distinction légitime entre les "produits similaires" les conséquences des cigarettes pour la santé publique, à savoir une distinction fondamentale sur la base de laquelle le clou de girofle et les autres arômes caractérisants diffèrent en fait du tabac et du menthol. L'Indonésie a donc expressément reconnu que, sur la base de leur attrait et, implicitement, des tranches d'âge de leurs consommateurs, des cigarettes différentes pouvaient présenter un risque différent pour la santé. Par ailleurs, elle a reconnu que le risque que présentaient certains types de cigarettes pour la santé était tellement important dans le contexte de la présente affaire qu'il signifiait que ces cigarettes "ne [devaient] pas être considérées comme similaires" aux autres cigarettes. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont montré que les cigarettes aux clous de girofle – tout comme les cigarettes ayant des arômes de cerise, de chocolat et d'autres arômes caractérisants mentionnés dans la première communication de l'Indonésie – présentaient des risques pour la santé publique en raison de leur attrait pour jeunes fumeurs. L'Indonésie a alors changé de position au sujet des cigarettes aromatisées. De plus, elle considère que les quatre facteurs mentionnés au paragraphe 18 du *Rapport du Groupe de travail des ajustements fiscaux à la frontière* (à savoir, les propriétés physiques, les utilisations finales, les goûts et habitudes des consommateurs, et le classement tarifaire) sont une approche mécanique, dénuée de tout indicateur pour ce qui est de savoir quelles caractéristiques sont pertinentes et lesquelles ne le sont pas.

7. Les Accords visés et les dispositions en cause – l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT de 1994 – constituent le contexte permettant de déterminer "quelles caractéristiques ou qualités sont importantes pour évaluer la "similarité" des produits", "dans quelle proportion ou mesure des produits doivent avoir des qualités ou des caractéristiques communes pour être des "produits similaires"" et "selon quel point de vue la "similarité" devrait être appréciée". L'Organe d'appel utilise les quatre facteurs traditionnels, mais il a souligné que ces quatre facteurs n'étaient que des outils pour définir le cadre de l'examen, et qu'ils ne devaient pas se substituer au travail d'analyse consistant à déterminer quels facteurs de "similarité" étaient pertinents dans des circonstances particulières. Les États-Unis ont énoncé les principes contextuels du GATT de 1994 et de l'Accord OTC qui éclairent en l'espèce l'analyse du traitement national au regard de ces Accords. L'analyse du produit similaire devrait attribuer un poids aux caractéristiques qui se rapportent directement à la question de savoir si

les produits réglementés par la mesure sont concurrentiels sur le marché des États-Unis et qui sont liées aux considérations en matière de santé publique sur lesquelles la mesure est fondée.

8. Sur la base de ces deux principes directeurs, les États-Unis estiment que certaines caractéristiques sont particulièrement pertinentes pour l'analyse du produit similaire. Premièrement, il faudrait attribuer un poids à certaines propriétés physiques qui sont différentes selon les produits comparés, non seulement dans la mesure où elles sont pertinentes pour l'évaluation du rapport de concurrence entre et parmi les produits, mais aussi parce qu'elles sont pertinentes pour les considérations en matière de santé publique sur la base desquelles l'article 907 a) 1) A) différencie les produits. Deuxièmement, il faudrait aussi attribuer un poids aux goûts et préférences des consommateurs – qui découlent des caractéristiques physiques pertinentes et qui ont d'importantes conséquences pour la santé publique.

9. La présence physique de clous de girofle dans les cigarettes aux clous de girofle est particulièrement pertinente. Le mélange à parts presque égales de clous de girofle et de tabac dans les cigarettes aux clous de girofle les singularise aux yeux des consommateurs pour ce qui est de leur goût et de leur parfum. Les consommateurs choisissent les cigarettes aux clous de girofle parce qu'elles contiennent des clous de girofle, et ils choisissent les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées en raison de l'arôme qui caractérise ces cigarettes. De plus, les cigarettes aux clous de girofle contiennent une "sauce spéciale" que les fabricants mettent expressément en avant comme caractéristique physique distinctive. Troisièmement, les clous de girofle (et peut-être d'autres arômes se trouvant dans la "sauce spéciale") contiennent de l'eugénol, dont les éléments de preuve donnent fortement à penser qu'il crée une sensation d'engourdissement qui différencie les cigarettes aux clous de girofle des autres cigarettes, y compris des cigarettes mentholées.

10. Ces caractéristiques physiques, propres aux cigarettes aux clous de girofle, ont un rapport direct avec les goûts et préférences des consommateurs. Les choix et les modes de consommation de ces derniers sont aussi particulièrement pertinents pour les considérations en matière de santé publique sur la base desquelles l'article 907 a) 1) A) établit la distinction entre les cigarettes. L'article 907 a) 1) A) est fondé sur la constatation selon laquelle les cigarettes ayant des arômes caractérisants (autres que le tabac ou le menthol) sont particulièrement attrayantes pour les jeunes dont la tranche d'âge correspond à la période d'initiation et beaucoup moins pour les adultes plus âgés.

11. La position des États-Unis selon laquelle il faudrait attribuer un grand poids à certaines particularités physiques en raison de leur lien avec les goûts et habitudes des consommateurs, les modes de consommation et le risque particulier pour la santé publique en cause en l'espèce est compatible avec l'approche suivie dans l'affaire *CE – Amiante*. Dans son rapport sur cette affaire, l'Organe d'appel a examiné tour à tour chacun des quatre critères et il leur a ensuite attribué un poids chaque fois qu'il a jugé approprié de conclure que la caractéristique physique particulière de la toxicité était importante dans les circonstances données. Et la toxicité relative des produits était directement pertinente pour le but de la mesure contestée, qui visait à protéger la santé publique en interdisant l'amiante à cause de son niveau de toxicité.

12. Les caractéristiques des clous de girofle mentionnées plus haut sont les plus pertinentes, et il faudrait leur attribuer un poids important. Même l'examen des autres facteurs montre que, ceux-ci n'étayent pas l'argument de l'Indonésie selon lequel les cigarettes aux clous de girofle sont similaires aux autres types de cigarettes. Les cigarettes aux clous de girofle sont différentes des cigarettes au tabac ou mentholées dans toutes les catégories traditionnelles – propriétés physiques, goûts et habitudes des consommateurs, utilisations finales et classement tarifaire.

13. L'Indonésie voudrait que le Groupe spécial examine l'allégation relative au "traitement moins favorable" sans tenir compte du contexte des Accords pertinents et sur la base d'un point de vue radical qui a été catégoriquement rejeté par l'Organe d'appel. Elle estime que tous les différents types

de cigarettes sont un seul "produit similaire", et que si *n'importe quelle* cigarette nationale est autorisée au titre de l'article 907 a) 1) A), la mesure accorde aux produits indonésiens un traitement moins favorable. Elle ne fonde cette opinion ni sur le texte de l'Accord sur l'OMC ni sur des constatations de l'Organe d'appel ou d'un groupe spécial de l'OMC, mais sur un seul rapport d'un groupe spécial du GATT (*États-Unis – Boissons à base de malt*).

14. Tout d'abord, les circonstances de la présente affaire sont différentes de celles (qui impliquent plusieurs mesures des États) de l'affaire *États-Unis – Boissons à base de malt*. En tout état de cause, l'approche du "meilleur traitement" préconisée par l'Indonésie est incompatible avec le libellé de l'article III:4 du GATT et de l'article 2.1 de l'Accord OTC. La comparaison pertinente doit se faire entre le traitement accordé aux "produits" importés et celui qui s'applique aux "produits" nationaux similaires – et non entre un seul produit importé et un seul produit national similaire. Il n'y a aucun fondement textuel permettant d'interpréter l'une quelconque des dispositions relatives au traitement national comme prévoyant un traitement appliqué à "un produit importé" qui n'est pas moins favorable que le traitement accordé à "un produit national".

15. Cette approche n'est pas non plus compatible avec le principe énoncé à l'article III selon lequel les mesures ne devront pas être appliquées de manière à protéger la production nationale ni avec l'affirmation figurant dans l'Accord OTC selon laquelle les Membres peuvent prendre des mesures pour protéger la santé publique, y compris en spécifiant les caractéristiques des produits. Si le point de vue de l'Indonésie devait l'emporter – et s'il y avait manquement aux obligations en matière de traitement national lorsqu'un *seul* produit importé est soumis à des restrictions par une mesure et qu'un *seul* produit national similaire ne l'est pas – il serait sérieusement porté atteinte à la capacité des Membres d'adopter des règlements pour protéger la santé des personnes ou pour toute autre fin.

16. Par ailleurs, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a rejeté l'approche du "meilleur traitement" avancée par l'Indonésie. Il a affirmé que la comparaison pertinente aux fins du "traitement moins favorable" ne devait pas se faire entre un produit importé et le produit national similaire le "mieux" traité, mais que "[l]e Membre plaignant [devait] […] établir que la mesure accord[ait] au *groupe* des produits *importés* "similaires" "un traitement moins favorable" que celui qu'elle accord[ait] au groupe des produits *nationaux* "similaires"". Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel formule l'observation importante selon laquelle, dans la mesure où l'expression "produit similaire" figurant à l'article III:4 du GATT a une vaste portée, celle-ci est atténuée ou limitée du fait qu'"[u]n 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"". Autrement dit, une mesure qui accorde un traitement différent à quelques produits importés par rapport quelques produits nationaux similaires sur la base, par exemple, de leurs caractéristiques en tant que cigarettes d'apprentissage (et non sur la base de leur origine) n'est pas une mesure qui accorde au "groupe des produits *importés* "similaires"" un traitement différent de celui accordé au "groupe des produits *nationaux* "similaires"". C'est une mesure qui accorde au groupe des produits qui sont des cigarettes d'apprentissage un traitement différent de celui qui est accordé au groupe des produits qui ne sont pas des cigarettes d'apprentissage.

17. Même si l'on fait abstraction de son argument erroné concernant le "meilleur traitement", l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) accordait un traitement moins favorable aux cigarettes importées. La question de savoir si une mesure accorde un traitement moins favorable dépend de la façon dont la mesure traite les produits importés par rapport aux produits nationaux. À cette fin, l'Organe d'appel a examiné si la mesure modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits importés par rapport aux produits nationaux – mais il a clairement indiqué qu'une mesure ne modifiait *pas* les conditions de concurrence au détriment des produits importés lorsque le préjudice allégué "s'expliqu[ait] par des facteurs ou des circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*". Par ailleurs, "[l]'expression "traitement moins favorable" exprime 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"". En conséquence, le principe qui doit guider l'analyse est qu'une mesure ne doit pas cibler les importations sur la base de leur origine nationale de manière à protéger le produit national. Cela est aussi vrai en ce qui concerne l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui doit être interprété de façon à permettre des règlements techniques fondés sur des distinctions légitimes entre les produits – même dans les cas où ces distinctions peuvent avoir une incidence différente sur des produits différents.

18. En l'espèce, l'examen de toute allégation concernant un traitement moins favorable doit prendre en compte le fait que l'article 907 a) 1) A) est une mesure de santé publique. Des distinctions entre les produits qui sont fondées sur la façon dont les consommateurs utilisent les produits, et eu égard aux conséquences qui pourraient résulter de règlements différents, sont compatibles avec une approche liée à la santé publique. Par conséquent, en l'espèce, le fait que des cigarettes moins utilisées sont interdites ne devrait pas être confondu avec la discrimination à l'encontre de produits importés par rapport à des produits nationaux. Le fait que les clous de girofle sont visés par l'article 907 a) 1) A) n'a rien à voir avec leur origine nationale et est uniquement dû à la manière dont ils sont utilisés par des consommateurs aux États-Unis et à d'autres facteurs liés à la santé publique.

19. Le seul élément de preuve que l'Indonésie a présenté pour démontrer l'existence d'un traitement moins favorable est le fait que les cigarettes aux clous de girofle sont interdites par la mesure et que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées ne le sont pas. Cet élément de preuve est incomplet et est par ailleurs insuffisant pour établir l'existence d'un traitement moins favorable.

20. Le fait que l'article 907 a) 1) A) *affecte aussi les cigarettes nationales* est pertinent. Comme les États-Unis l'ont démontré, de 1999 à 2006 au moins, les cigarettiers des États-Unis, en particulier R.J. Reynolds, ont commercialisé intensivement une nouvelle gamme de produits aromatisés visant spécifiquement les jeunes, dans le cadre du plan d'affaires conçu pour rendre accro de nouveaux adeptes de la cigarette. Les éléments de preuve montrent que des cigarettes ayant des arômes caractérisants et produites aux États-Unis étaient présentes sur le marché en 2008 et 2009. Il n'apparaît pas que les États-Unis et l'Indonésie soient en désaccord sur le fait que, sans l'intervention des pouvoirs publics, les cigarettiers des États-Unis vendraient des cigarettes aromatisées sur le marché des États-Unis. La législation fédérale a joué un rôle capital pour écarter la menace. Répertorier les arômes présents sur le marché en 2009 ne permet de mesurer qu'une petite partie de l'effet de l'article 907 a) 1) A) sur les produits des États-Unis. Pour évaluer le marché dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, le Groupe spécial a considéré une période d'environ cinq ans antérieurs à la mesure. Dans la présente affaire, il est encore plus important de mesurer l'incidence de l'interdiction au vu des années qui l'ont précédée eu égard à la campagne très médiatisée contre les cigarettes ayant des arômes caractérisants qui a abouti à l'adoption de l'article 907 a) 1) A), et au fait incontesté que les producteurs des États-Unis vendraient leurs produits s'ils en avaient la possibilité.

21. Les États-Unis contestent aussi l'affirmation de l'Indonésie selon laquelle la part de marché des cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants n'était pas "notable" ou "pertinente". L'article 907 a) 1) A) s'applique à un très petit pourcentage de tous les types et volumes de cigarettes vendues aux États-Unis. L'une des raisons pour lesquelles l'interdiction des arômes caractérisants autres que le tabac ou le menthol est appropriée pour la santé publique aux États-Unis est le fait qu'elle s'applique à un nombre relativement faible de cigarettes, qui sont néanmoins importantes sur le plan de la santé publique, parce qu'elles attirent particulièrement les jeunes. Les cigarettes aux clous de girofle représentaient entre 0,06 pour cent et 0,13 pour cent du marché des États-Unis au cours de la période 2000-2009, et la part des autres arômes sur ce marché, qui était aussi très faible, devrait être considérée "pertinente" dans la mesure où la part des cigarettes aux clous de girofle est jugée pertinente. En conséquence, tant les produits importés que les produits des États-Unis sont affectés

par la mesure et, dans chaque cas, il s'agit de produits ayant une part relativement faible du marché. De plus, la grande majorité des cigarettes importées sont toujours autorisées au titre de la mesure.

22. Non seulement l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction imposée par l'article 907 a) 1) A) ciblait les importations, mais elle n'a pas non plus démontré que tout préjudice pour les cigarettes aux clous de girofle était subordonné à leur origine étrangère. Comme l'Organe d'appel l'a déclaré dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, une mesure ne modifie pas les conditions de concurrence au détriment des produits importés lorsque le préjudice allégué "s'explique par des facteurs ou des circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*, tels que la part de marché de l'importateur". L'Organe d'appel réaffirme en cette occasion le principe fondamental selon lequel l'analyse du "traitement" concerne les produits importés *par rapport* aux produits nationaux, et que les préjudices causés aux importations selon les allégations ne sont pas tous des éléments de preuve indiquant l'existence d'un traitement moins favorable – il faut déterminer, sur la base de tous les éléments de preuve pertinents, que le préjudice est subordonné à l'origine étrangère du produit. Ce principe est renforcé par le contexte de l'Accord OTC, qui reconnaît que les règlements techniques pourront légitimement "énonce[r] les caractéristiques d'un produit" et établir de ce fait une distinction entre les produits.

23. Le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* affirme ce point. Il a déterminé que l'Argentine n'avait pas dûment allégué l'existence d'un "traitement moins favorable" parce qu'il n'était pas évident que le "traitement moins favorable allégué des produits biotechnologiques importés s'expliqu[ait] par l'*origine étrangère de ces produits* plutôt que, par exemple, *une différence perçue* entre les produits biotechnologiques et les produits non biotechnologiques *pour ce qui [était] de leur sécurité sanitaire*, etc". Le Groupe spécial a en outre dit dans son raisonnement que l'allégation de l'Argentine selon laquelle la commercialisation des produits biotechnologiques importés n'était pas autorisée, alors que celle des produits non biotechnologiques correspondants l'était, constituait en elle-même une base insuffisante pour l'établissement d'une présomption de traitement moins favorable.

24. Les États-Unis font également observer ici qu'ils ne donnent pas à entendre que l'"intention subjective" d'une mesure est un facteur déterminant. Cependant, conformément à l'approche suivie par l'Organe d'appel dans des différends antérieurs portant sur l'article III, il *est* pertinent de procéder à "une analyse globale et objective de la structure de la mesure en question et de la manière dont elle est appliquée aux produits nationaux par rapport aux produits importés" pour déterminer si l'objectif de la mesure est de protéger la production nationale ou de réaliser un certain autre objectif légitime. En l'espèce, les éléments de preuve montrent que la conception, les principes de base et la structure de l'article 907 a) 1) A) sont compatibles avec une approche acceptable relative à la santé publique pour la réglementation des cigarettes. L'article 907 a) 1) A) vise à prohiber les types de cigarettes qui attirent particulièrement les jeunes, mais qui ne sont pas beaucoup consommés par les adultes. Le fait que les cigarettes aromatisées au tabac et les cigarettes mentholées ne sont pas interdites au titre de l'article 907 a) 1) A) n'est pas une "anomalie" de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure. Dans la présente affaire, les faits, considérés conjointement, montrent que l'article 907 a) 1) A) énonce des caractéristiques des produits qui n'ont rien à voir avec leur origine et qu'il n'accorde donc pas aux cigarettes importées, y compris les cigarettes indonésiennes, un traitement moins favorable par rapport aux produits nationaux similaires.

B. L'INDONÉSIE N'A PAS ÉTABLI QUE L'ARTICLE 907 A) 1) A) ÉTAIT INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

25. Pour prouver l'existence d'une violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la partie plaignante doit établir que la mesure en cause est "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime". Comme les États-Unis l'ont analysé dans leur première communication écrite, si l'on interprète l'article 2.2 conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit

international public, une mesure est "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime" si: 1) il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable; 2) qui réalise l'objectif de la mesure au niveau que le Membre imposant la mesure considère approprié; et 3) qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce. L'Indonésie n'a pas établi, ni ne pouvait établir, qu'une telle mesure de rechange existait. Elle a aussi avancé une interprétation de l'article 2.2 qui était incompatible avec les règles coutumières d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne et qui, ne devrait donc pas être retenue.

26. L'objectif de l'article 907 a) 1) A) est de protéger la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme chez les jeunes tout en évitant les conséquences négatives possibles associées à l'interdiction de produits auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. Ces conséquences négatives sont les conséquences possibles pour les personnes, le système de soins de santé des États-Unis, et la société dans son ensemble qui découlent d'une expansion du marché noir déjà existant comme les États-Unis l'ont précisé dans leur première communication écrite. L'objectif de l'article 907 a) 1) A) est légitime pour toutes les raisons analysées dans la première communication écrite des États-Unis.

27. Par ailleurs, le niveau auquel les États-Unis considèrent approprié de protéger la santé publique correspond à l'action d'éliminer du marché, et non simplement d'en restreindre l'accessibilité, les produits qui sont consommés de façon disproportionnée par les jeunes, sans toutefois éliminer du marché des produits auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants et dont le retrait précipité du marché pourrait avoir des conséquences négatives. L'article 907 a) 1) A) rend compte de ce niveau de protection. Les Membres ont le droit de choisir pour eux-mêmes "les objectifs de politique générale qu'ils souhaitent poursuivre et les niveaux auxquels ils souhaitent les poursuivre".

28. Le moyen par lequel l'article 907 a) 1) A) réalise son objectif légitime consiste à interdire les produits qui sont consommés de façon disproportionnée par les jeunes sans interdire ceux auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. En particulier, en interdisant seulement les produits qui servent de cigarettes "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs et qui ne sont pas régulièrement consommés par les fumeurs adultes, à savoir les cigarettes ayant des arômes caractérisants qui attirent les jeunes, à l'exclusion des produits auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants, à savoir les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac, l'article 907 a) 1) A) réalise son objectif qui est de réduire le tabagisme chez les jeunes tout en évitant le risque de conséquences négatives sur la santé publique qui pourraient être associées à l'interdiction des cigarettes auxquelles des dizaines de millions d'adultes sont dépendants.

29. Il apparaît que l'Indonésie axe son allégation au titre de l'article 2.2 sur son allégation selon laquelle l'article 907 a) 1) A) ne réalise pas son objectif légitime, et elle n'a fait que brièvement référence à l'existence possible de mesures de rechange. À ce titre, les États-Unis considèrent que l'Indonésie n'a jusqu'à ici même pas cherché à établir des éléments *prima facie* et qu'elle les a encore moins établis. Il est incontesté qu'il appartient à l'Indonésie d'établir chacun des éléments *prima facie*. Les éléments doivent comprendre des éléments de preuve suffisants indiquant qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce et qui réalise l'objectif de la mesure au niveau que les États-Unis considèrent approprié.

30. À plusieurs reprises, l'Indonésie qualifie à tort l'objectif de l'article 907 a) 1) A) comme consistant à "réduire le tabagisme chez les jeunes". C'est une simplification grossière et excessive de l'objectif de cet article, qui établit un équilibre entre différentes considérations en matière de santé publique résultant de l'utilisation de différentes classes de produits.

31. Pour ce qui est de déterminer l'objectif d'une mesure, l'Organe d'appel a indiqué que les groupes spéciaux devaient mettre l'accent sur le texte, la conception, les principes de base et la structure révélatrice de la mesure. Le texte, la conception, les principes de base et la structure

révélatrice de l'article 907 a) 1) B) établissent des distinctions entre les produits, en en interdisant certains et en permettant à d'autres de continuer d'être produits et vendus aux États-Unis. Le texte est donc un moyen de contrebalancer des intérêts, ce qui est entièrement compatible avec les théories concernant l'élaboration de politiques de santé publique efficaces en général et de mesures de prévention du tabagisme en particulier. L'historique de l'élaboration de l'article 907 a) 1) B) confirme cette mise en balance complexe des intérêts, question dont l'Indonésie ne tient pas compte dans son analyse. L'Indonésie a donc tort de ne pas prendre en compte cette considération complexe de divers facteurs lorsqu'elle déclare que l'objectif de l'article 907 a) 1) A) est simplement de "réduire le tabagisme chez les jeunes".

32. Il apparaît également que l'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) ne réalise pas son objectif car il ne "réduit [pas] le tabagisme chez les jeunes" *de manière suffisante*, étant donné que la mesure n'interdit pas en même temps les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac, les deux types de cigarettes les plus populaires auprès de tous les groupes d'âge, y compris de ceux qui ont l'âge d'être initiés à la cigarette. Les États-Unis ont expliqué en détail dans la présente communication et dans des communications précédentes que rien dans les Accords de l'OMC ne les contraignait – ou contraignait n'importe quel Membre – à adopter uniquement des mesures de santé publique qui *éliminaient* le risque qu'elles visaient. En fait, le Préambule de l'Accord OTC indique clairement que "rien ne saurait empêcher un [Membre] de prendre les mesures … nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes … aux niveaux qu'il considère appropriés".

33. Par ailleurs, l'Indonésie ne peut pas établir que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif en faisant valoir que cet article devrait contribuer davantage à son objectif. Elle doit montrer que, quelle que soit sa contribution à ses objectifs, l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire parce qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui réalise ses objectifs et qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce. C'est seulement s'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui i) réalise l'objectif de la mesure et ii) est sensiblement moins restrictive pour le commerce, qu'il est possible de conclure que la mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif. L'Indonésie n'a pas fait et ne peut pas faire cette démonstration.

34. Il apparaît aussi que l'Indonésie soutient que l'article 907 a) 1) A) ne réalise pas son objectif parce que les États-Unis n'ont pas présenté d'éléments de preuve indiquant que les taux de tabagisme ont baissé depuis l'imposition de l'interdiction le 22 septembre 2009. L'Indonésie se méprend à la fois sur l'analyse juridique appropriée et sur les règles applicables à la charge de la preuve. S'agissant de l'analyse juridique appropriée, l'article 2.2 permet à un Membre d'adopter des règlements techniques qui visent à "réaliser un objectif légitime"; il n'impose pas au Membre adoptant la mesure l'obligation de prouver que la mesure a réussi à réaliser cet objectif.

35. L'Indonésie continue de faire de vagues références à des "douzaines" de mesures différentes qui s'appliquent à toutes les cigarettes, comme, par exemple, les restrictions visant la publicité. Elle n'a produit aucun élément de preuve indiquant que l'une quelconque de ces mesures réalise l'objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent approprié. Elle ne s'est donc pas acquittée de la charge qui lui incombe d'établir *prima facie* que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif.

36. Les mesures de rechange indiquées par l'Indonésie ne réaliseraient pas en fait les objectifs de l'article 907 a) 1) A) au niveau que les États-Unis considèrent approprié: elles continueraient toutes de permettre aux cigarettes d'apprentissage ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc., de rester sur le marché. Les États-Unis imposent déjà des restrictions importantes à la publicité, à la commercialisation et à la vente des cigarettes. Conjointement avec les autres restrictions visant la publicité, la commercialisation et la vente de cigarettes mises en place aux

États-Unis, l'article 907 a) 1) A) fait partie d'une stratégie globale des États-Unis destinée à répondre aux préoccupations en matière de santé publique associées au tabagisme. Si les États-Unis remplaçaient un aspect de cette stratégie globale par un autre – par exemple en renonçant à l'article 907 a) 1) A) au lieu des restrictions déjà mises en place dans le pays – ils affaibliraient leur capacité générale de remédier à des problèmes très graves de santé publique qui sont associés au tabagisme. Toute mesure qui n'éliminerait pas du marché les cigarettes ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc., que des dizaines de millions d'adultes ne fument pas, ne réalise pas l'objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent approprié.

37. L'Indonésie a implicitement suggéré, sans toutefois les indiquer formellement, trois mesures de rechange qui élimineraient les cigarettes d'apprentissage ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc.: 1) une mesure qui interdit toutes les cigarettes; 2) une mesure qui interdit toutes les cigarettes à l'exception de celles qui ont un arôme caractérisant de tabac (c'est-à-dire que le menthol, le clou de girofle et d'autres arômes seraient interdits); et 3) une mesure qui interdit toutes les cigarettes à l'exception de celles qui ont des arômes caractérisants de tabac, de menthol et de clou de girofle. Chacune de ces mesures de rechange est toutefois viciée et aucune d'entre elles n'établit que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire.

38. Aucune des deux premières mesures de rechange n'est moins restrictive pour le commerce que l'article 907 a) 1) A), et à plus forte raison "sensiblement" moins restrictive. Ce point suffit en lui-même et à lui seul pour établir que ces mesures de rechange possibles ne sont *pas* des mesures de rechange raisonnablement applicables qui sont sensiblement *moins* restrictives pour le commerce et qui réalisent l'objectif de l'article 907 a) 1) A). De plus, aucune d'entre elles ne réalise l'objectif de cet article. En particulier, en même temps qu'elles éliminent du marché les cigarettes d'apprentissage, elles élimineraient également du marché les cigarettes auxquelles des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. Elles ne réaliseraient donc pas un élément essentiel de l'objectif de l'article 907 a) 1) A), à savoir éviter les conséquences négatives possibles pour la santé associées à l'interdiction des cigarettes auxquelles des dizaines de millions d'adultes sont dépendants.

39. L'Indonésie fait aussi référence à une troisième mesure de rechange possible: toutes les cigarettes sont interdites à moins qu'elles n'aient un arôme caractérisant de tabac, de menthol ou de clou de girofle. Cette mesure de rechange ne réalise pas l'objectif de l'article 907 a) 1) A) car elle n'éliminerait pas du marché les produits qui sont consommés de façon disproportionnée par les jeunes; elle laisserait en fait sur le marché une partie des produits qui sont consommés de façon disproportionnée par les jeunes (c'est-à-dire les cigarettes aux clous de girofle).

40. L'Indonésie soutient qu'étant donné la "similitude entre le texte de l'article XX du GATT de 1994 et de son alinéa b), d'une part, et celui de l'article 2.2 et du Préambule de l'Accord OTC, d'autre part", le Groupe spécial doit examiner les rapports dans lesquels des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont analysé l'article XX du GATT pour comprendre ce que l'article 2.2 de l'Accord OTC exige des Membres. L'UE soutient en outre que le Groupe spécial ne peut toutefois pas limiter à son analyse à ce stade, mais qu'il doit aller plus loin et déterminer si la mesure est incompatible avec le texte introductif de l'article XX du GATT pour savoir si le Membre a agi d'une manière compatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Aucun de ces arguments n'est conforme aux dispositions de la Convention de Vienne et ils devraient être rejetés l'un et l'autre.

41. Le texte de l'article 2.2, lu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord OTC, signifie qu'une mesure est "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime" s'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui réalise les objectifs de la mesure et qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce. En conséquence, pour prouver que la mesure contestée est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC, l'Indonésie doit établir: 1) qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement

applicable; 2) que cette mesure réalise les objectifs des dispositions des États-Unis au niveau que ceux-ci ont jugé approprié; et 3) qu'elle est sensiblement moins restrictive pour le commerce.

42. Au lieu d'appliquer une interprétation de l'article 2.2 qui est fondée sur les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, l'Indonésie adopte une interprétation de l'article 2.2 de l'Accord OTC qui est fondée sur l'interprétation que des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont donnée de l'article XX du GATT de 1994. Il ne serait pas approprié d'appliquer la même approche interprétative que celle qui est suivie par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel en ce qui concerne le mot "nécessaire" apparaissant à l'article XX du GATT de 1994 pour analyser si une mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En particulier, le mot "nécessaire" est utilisé à l'article XX du GATT de 1994 dans un contexte très différent de celui de l'article 2.2 de l'Accord OTC. De plus, il n'y a aucun fondement textuel qui permette d'appliquer à l'article 2.2 de l'Accord OTC l'approche suivie par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel pour l'interprétation de l'article XX du GATT de 1994.

43. La position de l'UE selon laquelle le Groupe spécial doit appliquer le texte introductif de l'article XX du GATT pour déterminer si une mesure est compatible avec l'article 2.2 est dénuée de fondement, pour quatre raisons au moins. Premièrement, l'argument, de l'UE ne tient pas compte du principe le plus fondamental de l'interprétation des traités – à savoir qu'il faut examiner le texte effectivement utilisé par les rédacteurs. Le texte introductif de l'article XX est un libellé impératif: il dit clairement que chacune des exceptions prévues à l'article XX est applicable "sous réserve" que la mesure satisfasse aux prescriptions du texte introductif. Par contre, le Préambule de l'Accord OTC contient un libellé semblable: ce libellé n'implique aucune conséquence au titre de l'Accord, mais peut être utilisé comme moyen d'interprétation des dispositions impératives de l'Accord. Deuxièmement, l'UE a simplement tort de dire que son point de vue permet d'éviter des "évaluations juridiques discordantes" entre les deux Accords. Au contraire, la lecture proposée par l'UE donnerait lieu à des évaluations juridiques discordantes. L'UE exigerait que chacune des mesures OTC satisfasse aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Or il n'existe pas de prescription semblable selon laquelle toutes les mesures relevant du champ d'application du GATT de 1994 doivent satisfaire aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. En fait, les prescriptions du texte introductif ne s'appliquent que dans le cas où une mesure est incompatible avec une obligation prévue dans le GATT et si le Membre défendeur essaie ensuite de justifier cette mesure par ailleurs incompatible avec les dispositions du GATT en invoquant l'une des exceptions prévues à l'article XX. Troisièmement, l'argument, de l'UE ne tient pas compte du fait que le but exprimé dans le texte introductif de l'Accord OTC (éviter des mesures qui établissent une discrimination injustifiable entre les Membres) figure effectivement dans les dispositions impératives de l'Accord OTC, bien qu'il soit absent de l'article 2.2. En effet, l'article 2.1 traite ces préoccupations en exigeant que les règlements techniques accordent aux produits importés 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. En fait, si l'argument de l'UE était admis (et si cela revient à donner des prescriptions du texte introductif de l'article XX une lecture qui les inclut dans l'article 2.2 de l'Accord OTC, il semblerait rendre inutile l'article 2.1 de l'Accord OTC. Quatrièmement, il ne serait ni surprenant ni inquiétant que l'analyse au titre du GATT de 1994 et celle qui est effectuée au titre de l'Accord OTC parviennent à des résultats différents pour la même mesure. Les deux Accords contiennent des termes différents et des obligations différentes, et peuvent donc s'appliquer de manière différente à la même mesure. De fait, si le GATT de 1994 traitait déjà toutes les questions visées par l'Accord OTC, il n'y aurait eu aucune raison d'inclure l'Accord OTC dans les Accords du Cycle d'Uruguay.

ANNEXE D

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

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

ANNEXE D-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION LIMINAIRE DE L'INDONÉSIE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

I. INTRODUCTION

1. Dans le présent différend, l'Indonésie a contesté la "règle spéciale pour les cigarettes" énoncée à l'article 101 b), qui interdisait la production ou la vente aux États-Unis de certaines cigarettes qualifiées d'"aromatisées". L'Indonésie n'est pas opposée à ce que les États-Unis réglementent la production ou la vente des cigarettes à l'intérieur de leurs frontières. Elle n'est pas non plus opposée à des mesures raisonnables visant à empêcher les mineurs de se procurer des cigarettes, y compris des cigarettes aux clous de girofle. Ce qu'elle conteste, c'est une mesure, en l'espèce la Règle spéciale, qui impose une interdiction complète des cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie, alors qu'il n'y a pas ou guère de restrictions visant les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées, qui sont produites aux États-Unis et sont très populaires auprès des mineurs. La Règle spéciale est discriminatoire et plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour répondre aux préoccupations des États-Unis concernant le tabagisme chez les jeunes.

II. ARTICLES III.4 DU GATT ET 2.1 DE L'ACCORD OTC

A. TRAITEMENT MOINS FAVORABLE

2. Selon les États-Unis, l'article III:4 prohibe uniquement les mesures qui accordent un traitement moins favorable aux importations "sur la base de leur origine nationale". Il apparaît que les États-Unis entendent l'expression "sur la base en fonction de l'origine nationale" comme signifiant "de manière à protéger la production nationale". Selon eux, les Membres ne peuvent pas accorder un traitement moins favorable à des importations si ce traitement vise à protéger la production nationale du produit similaire.

3. Dans l'affaire *Chili – Boissons alcooliques*, l'Organe d'appel (citant son rapport sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*) a dit qu'il n'était pas nécessaire que les groupes spéciaux examinent les "intentions subjectives des législateurs ou des autorités réglementaires". Ce qui compte c'est la manière dont la mesure en question est "appliquée". Il est certain qu'il n'a jamais été indiqué dans aucun rapport de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel que l'article III:4 du GATT prévoyait un critère du "traitement moins favorable" et un second critère "protéger la production nationale".

4. Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* et d'autres affaires, l'Organe d'appel a dit très clairement ce qu'il fallait démontrer pour prouver l'existence d'une violation de l'article III:4:

> "… trois éléments doivent être réunis: les produits importés et les produits nationaux en cause doivent être des **"produits similaires"**; la **mesure en cause doit être "une loi …** affectant la vente … de ces produits sur le marché intérieur"; et les produits importés doivent être soumis à un **traitement "moins favorable"** que celui accordé aux produits nationaux similaires."

5. Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a défini l'expression "traitement non moins favorable" comme signifiant "ne pas soumettre le produit importé à des conditions de concurrence moins favorables que celles dont bénéficie le produit national similaire". Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté en outre que "[s]i un traitement

moins favorable [était] accordé au … produit[] importé[] …, une "protection" [était] à l'inverse accordée au … produit[] nationa[l] "similaire[]"".

6. Le Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool* a constaté dans son rapport qu'une mesure mexicaine, qui imposait une taxe de 20 pour cent sur l'utilisation d'édulcorants autres que le sucre de canne (tels que le sirop de maïs à haute teneur en fructose), établissait une discrimination à l'encontre des importations parce que les édulcorants produits au Mexique au moment où la taxe avait été adoptée étaient essentiellement du sucre de canne, alors que la quasi-totalité des édulcorants importés était du sirop de maïs à haute teneur en fructose. Le Groupe spécial a examiné la question de savoir si la mesure contestée accordait un "traitement moins favorable" aux importations. Ce faisant, il n'a pas appliqué de critère additionnel pour ce qui était de savoir si le traitement moins favorable était appliqué "sur la base de l'origine nationale" ou si ce traitement visait à "protéger la production nationale du produit similaire". Au lieu de cela, il a examiné deux groupes de produits similaires, l'un composé surtout de produits importés et l'autre de produits fabriqués au Mexique. Il a examiné un régime fiscal qui s'appliquait aux produits importés et exonérait le produit national similaire, non pas *de jure*, mais *de facto*. Enfin, il a examiné en quoi le traitement fiscal différent pénalisait les consommateurs du produit importé. C'est sur cette base et cette base seulement qu'il a constaté l'existence d'un traitement moins favorable.

7. Dans la présente affaire, si les États-Unis ne sont pas prêts à interdire les cigarettes mentholées, alors ils ne peuvent pas interdire les cigarettes aux clous de girofle. Pourquoi donc les États-Unis n'ont-ils pas interdit les cigarettes mentholées? Parce que Philip Morris y est opposé. Philip Morris a fait pression sur le Congrès … et, comme un analyste de l'industrie l'a dit, le Congrès "a capitulé". Lorsque le Président de l'une des commissions compétentes du Congrès ayant examiné le projet de loi, M. John Dingell, a été invité à se prononcer sur l'idée d'interdire les cigarettes mentholées, il ne s'est pas dit préoccupé par un marché noir ou par une charge excessive résultant pour le système de santé publique aux États-Unis des personnes ayant besoin d'aide pour cesser de fumer. Il a parlé des pertes potentielles d'emplois – des emplois aux États-Unis dans la fabrication de cigarettes mentholées!

B. PRODUIT SIMILAIRE

8. L'une des principales questions dont le Groupe spécial est saisi est de savoir si les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" à des cigarettes produites aux États-Unis qui ne sont pas interdites par la Règle spéciale. En l'espèce, la toxicité relative des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes nationales n'est pas en cause. Les États-Unis ont admis que les cigarettes aux clous de girofle n'étaient pas plus dangereuses ou toxiques que les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes aromatisées au tabac. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *CE – Amiante*, les produits similaires présenteront souvent "un certain nombre de *caractéristiques* ou de *qualités* identiques ou semblables" qui sont suffisantes pour qu'il existe un rapport de concurrence entre eux.

9. Les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires ont les mêmes *propriétés* et *caractéristiques* physiques: elles contiennent des substances aromatisantes spéciales qui sont mêlées au tabac pour donner l'arôme spécifique souhaité, et se présentent au consommateur enroulées dans du papier et munies d'un filtre. Les trois types de cigarettes répondent à la définition d'une cigarette établie par les États-Unis et relèvent tous de la même catégorie taille/poids aux fins fiscales. Les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées contiennent aussi des quantités importantes d'ingrédients alimentaires, comme du chocolat, de la réglisse, des sucres, du miel, du sirop d'érable, des jus, du café, de l'huile de maïs et du vinaigre. Les ingrédients aromatisants utilisés dans les cigarettes "mélange américain" sont très semblables à ce qui entre dans la "sauce" des cigarettes aux clous de girofle: par exemple, de la vanille, des sucres, de la menthe, de la réglisse, des concentrés de fruits et des alcools. Les États-Unis allèguent que l'eugénol contenu dans les cigarettes aux clous de girofle engourdit la gorge et permet aux fumeurs non initiés de supporter plus facilement

l'inhalation de la fumée. Des recherches plus récentes sur les animaux ont jeté un doute sur cette hypothèse. Et, surtout, des préoccupations semblables ont également été soulevées au sujet des cigarettes mentholées.

10. L'Indonésie convient que les cigarettes sont utilisées en définitive pour fumer du tabac et apporter de la nicotine au corps. Les États-Unis ont laissé entendre que les différences dans la composition physique des cigarettes aux clous de girofle modifient l'expérience des fumeurs car ceux qui les fument tirent de plus grosses bouffées et le font plus souvent. D'après la conclusion d'un rapport de 1988 du Directeur général de la santé, les fumeurs s'exposent à toute la fumée nécessaire pour obtenir une quantité spécifique et satisfaisante de nicotine. Des résultats d'études confirment que les niveaux de nicotine dans le sang et les rythmes cardiaques étaient exactement les mêmes chez une personne ayant fumé une cigarette aux clous de girofle et une cigarette ordinaire. Il n'existe pas de données indiquant que l'"expérience" des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle soit différente de celle des fumeurs de cigarettes mentholées ou de cigarettes ordinaires ou que l'apport de nicotine soit différent.

11. Je voudrais dire tout d'abord que les États-Unis ont totalement tort lorsqu'ils allèguent que les cigarettes aux clous de girofle sont majoritairement fumées par les jeunes (États-Unis, paragraphe 185). Les États-Unis n'ont pas fourni le moindre élément de preuve pour étayer cette allégation. L'*étude Klein* était axée sur la consommation de trois marques très commercialisées, dont deux étaient des marques de cigarettes mentholées. Aucune des trois marques n'était une marque de cigarettes aux clous de girofle. L'étude Klein n'a produit aucune donnée concernant la consommation de cigarettes aux clous de girofle par les jeunes ou les adultes. Il n'est pas raisonnable de conclure que les résultats de cette étude s'appliquent à toutes les cigarettes aromatisées.

12. Les États-Unis citent plusieurs autres études comme éléments de preuve indiquant que les cigarettes aux clous de girofle sont "fumées majoritairement par les jeunes". La *National Youth Tobacco Study* et les études *Monitoring the Future* citées par les États-Unis ne mesurent même pas la consommation de cigarettes par les adultes afin de permettre une comparaison entre la consommation des jeunes et celle des adultes. En outre, les auteurs de *Monitoring the Future* indiquent ce qui suit: "Les enquêteurs concluent que la consommation de kreteks était une mode éphémère qui n'a tout simplement pas pris chez les jeunes." Ce que montrent les éléments de preuve, y compris les propres éléments de preuve des États-Unis, c'est que les cigarettes aromatisées au menthol sont beaucoup plus populaires chez les jeunes. Dans toutes les études fournies par les États-Unis, le taux de consommation de cigarettes mentholées par les jeunes est de plusieurs fois plus élevé que celui de la consommation de cigarettes aux clous de girofle.

13. Par ailleurs, en ce qui concerne le comportement des consommateurs, l'Indonésie et les États-Unis conviennent que les consommateurs de cigarettes aux clous de girofle fument également des cigarettes ordinaires et des cigarettes mentholées. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a expliqué comme suit l'analyse du comportement des consommateurs: "la mesure dans laquelle les consommateurs sont disposés à utiliser les [deux] produits pour remplir [la] fonction [de leur utilisation finale]". Les États-Unis n'ont fourni aucun élément de preuve indiquant que les consommateurs ne sont pas disposés à utiliser les trois cigarettes pour l'utilisation finale, soit l'acte de fumer. En fait, les États-Unis admettent que 75 pour cent de ceux qui fument des cigarettes au tabac et des cigarettes mentholées fument également des cigarettes aux clous de girofle. Cela devrait constituer un élément de preuve suffisant pour indiquer que les consommateurs sont disposés à utiliser des cigarettes aux clous de girofle, des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires aux fins de l'utilisation finale, à savoir fumer, et que les produits sont "interchangeables" et "substituables".

14. Les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires relèvent du même classement tarifaire au niveau international.

15. Aucun des points soulevés par les États-Unis ne montre de différences notables entre les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires qui rendraient les produits non "similaires". Il n'est pas nécessaire que les produits soient identiques pour qu'ils soient "similaires". Les distinctions ténues mentionnées par les États-Unis sont sans importance. Les États-Unis demandent effectivement au Groupe spécial de constater qu'une tasse de café qui contient du lait et du sucre n'est pas similaire à du café noir ou qu'une automobile ayant des sièges en cuir n'est en quelque sorte pas similaire, à une automobile dont les sièges sont en tissu.

III. QUESTIONS ADDITIONNELLES CONCERNANT L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

16. L'Indonésie est préoccupée à plusieurs titres par les arguments présentés par les États-Unis au sujet de l'interprétation de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Les États-Unis ne contestent pas l'affirmation selon laquelle l'article 907 est un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC. Ils ont cherché à ajouter une prescription "sur la base de l'origine nationale" à l'article III:4. Pour les raisons déjà mentionnées, cette tentative est vouée à échec. Comment les États-Unis peuvent-ils penser que cette même prescription (ou ce même critère) s'applique à l'article 2.1 de l'Accord OTC? Nous avons beaucoup de mal à comprendre ce que sont les différences "textuelles" et "contextuelles" alléguées entre l'Accord OTC et, j'imagine, le GATT.

17. Enfin, l'Indonésie souscrit à l'idée, avancée apparemment par les États-Unis, qu'il ne s'ensuit pas automatiquement, du simple fait qu'un ensemble de produits est soumis à un règlement technique, qu'il s'agit de produits "similaires" au sens de l'Accord OTC. Nous pouvons facilement imaginer un scénario dans lequel, par exemple, un règlement technique vise des "aliments" ou, disons, des "jouets". Toutefois, ici, en l'espèce, nous ne devrions pas perdre de vue le fait que l'article 907 s'applique à un sous-ensemble de produits aussi spécifiques que les "cigarettes aromatisées", et non à toutes les cigarettes aromatisées, mais seulement à <u>certaines</u> cigarettes aromatisées.

IV. ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

18. L'article 2.2 dispose qu'un règlement technique ne peut pas être plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un "objectif légitime". Lorsqu'ils effectuent cette évaluation, les Membres et les groupes spéciaux peuvent tenir compte des risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait. L'un des exemples spécifiques d'"objectif légitime" mentionnés à l'article 2.2 est la "protection de la santé des personnes".

19. Les États-Unis déclarent que l'"objectif légitime "de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était a) de réduire le tabagisme chez les jeunes afin de protéger la santé publique, tout en b) "tenant compte" des conséquences "<u>inconnues, mais éventuellement négatives</u>", résultant de l'interdiction de produits (par exemple, les cigarettes mentholées) auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. Étant donné l'importance qu'ils attachent à la santé publique, les États-Unis disent qu'ils ont choisi un niveau de protection élevé – une interdiction complète des cigarettes aux clous de girofle et de certaines autres cigarettes aromatisées.

20. Les États-Unis soutiennent que l'Indonésie n'a pas établi qu'il existait une mesure de rechange qui réalise leur objectif légitime au niveau qu'ils considéraient approprié et qui soit "sensiblement" moins restrictive pour le commerce que l'article 907. Selon eux, "une mesure qui réalise l'objectif légitime d'un Membre au niveau que celui-ci juge approprié n'est pas, *en droit*, plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire à moins que le Membre plaignant ne prouve qu'il existe une mesure de rechange qui est raisonnablement applicable, qui réalise également l'objectif légitime du Membre défendeur au niveau que le Membre importateur juge approprié et qui est *sensiblement* moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée".

21. Une seule question se pose au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC: était-il "nécessaire" d'interdire les cigarettes aux clous de girofle afin de protéger les jeunes du tabagisme? En toute logique, la réponse doit être "négative". Entre 2,2 et 2,5 millions de personnes âgées de moins de 18 ans fument des cigarettes aux États-Unis. De ce nombre, environ 1,1 million de personnes (soit 43 pour cent) fument régulièrement des cigarettes mentholées. En comparaison, il n'y a que 6 800 mineurs qui fument régulièrement des cigarettes aux clous de girofle. Si l'objectif, légitime ou non, de l'interdiction était de protéger les jeunes du tabagisme et que les États-Unis n'ont pas interdit la cigarette que les jeunes fument majoritairement, comment aurait-il pu être vraiment "nécessaire" d'interdire la cigarette que la plupart d'entre eux ne fument pas? Soit il est nécessaire d'interdire les cigarettes aromatisées pour protéger la santé publique soit cela ne l'est pas. Les États-Unis ne peuvent pas avoir faire valoir une chose et son contraire.

22. Les groupes spéciaux de l'OMC et l'Organe d'appel ont été d'avis que pour déterminer si une mesure était "nécessaire" à la réalisation d'un objectif de santé publique légitime, il était pertinent d'examiner la contribution effective de la mesure à la réalisation de l'objectif. Le meilleur moyen d'établir quelles cigarettes sont des cigarettes de débutant ou d'apprentissage n'est-il pas de déterminer celles que les jeunes fument le plus souvent? Comment la mesure peut-elle contribuer à réduire le tabagisme chez les jeunes si les cigarettes qu'ils fument ne sont pas interdites?

23. Les États-Unis font valoir que le critère "nécessaire" figurant à l'article 2.2 ne devrait pas être interprété à la lumière du critère "nécessaire" figurant à l'article XX du GATT, mais plutôt eu égard à l'article 5.6 de l'Accord SPS. En particulier, ils estiment que le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Australie – Saumons* impose l'obligation de montrer qu'il existe une mesure de rechange à la Règle spéciale qui 1) est raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique; 2) réalise le niveau de protection de la santé des personnes considéré approprié par les États-Unis; et 3) est sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée.

24. J'ai beaucoup de mal à comprendre en quoi le critère "nécessaire" figurant à l'article 5.6 de l'Accord SPS peut être plus instructif en ce qui nous concerne que le critère "nécessaire" figurant à l'article XX du GATT. En tout état de cause, même si l'article 5.6 éclaire le sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC, il n'éclaire tout au plus qu'une partie de l'article 2.2. En application de l'article 2.2, il doit être montré que le Membre a indiqué un objectif de politique publique et que la mesure (c'est-à-dire, le règlement technique) choisie "réalise" cet objectif. Si la mesure n'a aucun lien rationnel avec l'objectif et donc ne le "réalise" pas, les questions relatives à la nécessité et aux mesures de rechange raisonnablement applicables ne présentent plus d'intérêt.

25. Il en est de même pour l'article 5.6 de l'Accord SPS. À cet égard, la question des mesures SPS de rechange et moins restrictives pour le commerce ne se pose pas si la mesure elle-même n'est pas établie ni maintenue au niveau approprié nécessaire pour "réaliser" l'objectif recherché, ce qui exige nécessairement un examen du fondement scientifique de la mesure conformément à l'article 2.2 de l'Accord SPS. L'Indonésie n'est pas tenue de prouver qu'une mesure de rechange à la Règle spéciale était raisonnablement applicable, qui aurait accompli les mêmes choses que la Règle spéciale et aurait été "sensiblement" moins restrictive pour le commerce que la Règle spéciale. Nous n'avons pas à aborder cette question parce que la mesure en question (c'est-à-dire, la Règle spéciale) ne réalise pas l'objectif défini par les États-Unis, à savoir la réduction du tabagisme chez les jeunes.

26. L'affirmation réitérée selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle visent les jeunes, les attirent particulièrement et sont pour eux des cigarettes de débutant ou d'"apprentissage" est dénuée de fondement en fait et de fondement scientifique, et, par conséquent, la Règle spéciale n'a aucun lien rationnel avec l'objectif, légitime ou non, poursuivi par les États-Unis

V. ALLÉGATIONS ADDITIONNELLES AU TITRE DE L'ACCORD OTC

27. L'Indonésie a formulé des allégations au titre des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC. Elle a montré que les États-Unis ne s'étaient pas acquittés de leurs obligations au titre de chacun de ces articles lors de l'adoption et de la mise en œuvre de la Règle spéciale. Les États-Unis soutiennent qu'ils ont rempli leurs obligations en ce qui concerne chacun de ces engagements. Cependant, si les actions minimales menées par les États-Unis sont considérées suffisantes pour assurer la conformité avec ces engagements, alors les dispositions en question de l'Accord OTC seraient en grande partie vidées de leur sens. L'Indonésie déclare au Groupe spécial que si l'Accord OTC doit effectivement avoir un sens, pour chacune de ses allégations au titre des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.2, il faut certainement plus que ce que les États-Unis estiment suffisant pour qu'il y ait conformité.

ANNEXE D-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE LIMINAIRE DES ÉTATS-UNIS À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. Les cigarettes sont un produit unique – elles créent une forte dépendance, elles sont très largement consommées, elles sont nocives pour la santé publique et elles sont légales. La combinaison de ces facteurs crée des problèmes complexes pour les pouvoirs publics, qui doivent protéger la santé publique et sont donc obligés de trouver le bon compromis entre faire ce qu'il faut et provoquer des dégâts. Étant donné cette situation complexe, il n'est pas surprenant que les États-Unis, comme de nombreux pays, aient adopté une approche progressive de cette question – en appliquant des prohibitions et des prescriptions limitées, mesure par mesure, sur des points particuliers.

2. La *Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial* (la "Loi sur le contrôle du tabac") est une législation anti-tabac et relative à la santé publique qui impose de nombreuses restrictions aux fabricants de cigarettes, ainsi qu'à d'autres. Toutes les prescriptions de la Loi sur le contrôle du tabac qui limitent la vente et la commercialisation de cigarettes ainsi que la publicité y relative sont neutres quant à l'origine. Ces dispositions visent toutes à protéger la santé publique en réduisant le tabagisme, en particulier chez les jeunes; elles ne protègent pas les sociétés des États-Unis de la concurrence étrangère ni ne leur procurent des avantages économiques par ailleurs.

3. Les données des études pertinentes telles qu'elles sont mises en évidence dans la pièce US-53 établissent que les cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées non mentholées relèvent de modes de consommation semblables et qu'elles sont consommées d'une manière disproportionnée par de jeunes fumeurs. Ainsi, les données les plus fiables indiquent que 5,5 pour cent des fumeurs âgés de 12 à 25 ans fument des cigarettes aux clous de girofle, contre seulement 1 pour cent des fumeurs âgés de 26 ans et plus. De même, l'âge du fumeur est déterminant pour la question de savoir qui fume d'autres produits prohibés, tels que les cigarettes aromatisées au chocolat, à la cerise et à la vanille. D'après les données disponibles, près de 12 pour cent des fumeurs âgés de 12 à 25 ans fument ces types de produits aromatisés, contre un peu plus de 6 pour cent seulement des fumeurs âgés de 26 ans et plus. En chiffres absolus, les éléments de preuve indiquent que relativement peu d'adultes fumaient principalement des cigarettes aromatisées aux clous de girofle ou au chocolat, ou d'autres cigarettes aromatisées interdites, avant la promulgation de la Loi sur le contrôle du tabac. Par contre, il ressort d'une vaste étude qu'environ un tiers des fumeurs âgés de 12 à 25 ans fument des cigarettes mentholées de même qu'une proportion semblable des fumeurs âgés de 26 ans et plus. En chiffres absolus, il est estimé que les cigarettes mentholées sont fumées par 1,1 million de personnes âgées de 12 à 17 ans et 18 millions de personnes âgées de 18 ans et plus.

4. Cela dit, dans ce débat sur les statistiques, nous ne devons pas perdre de vue le fait que ces chiffres représentent des personnes bien réelles qui sont exposées à des risques de maladies graves et de décès. Si les tendances actuelles concernant le tabagisme chez les jeunes ne s'améliorent pas, plus de 6 millions des jeunes actuels mourront prématurément aux États-Unis à cause du tabagisme. Mais, comme des millions de jeunes fument ou risquent de commencer à le faire, des changements même mineurs dans la prévalence de jeunes fumeurs se traduisent par des dizaines de milliers de vies sauvées.

5. Pour remédier à la crise de santé publique que constitue le tabagisme, les États-Unis, et tous les autres Membres qui envisagent une législation anti-tabac, doivent appliquer des mesures qui visent à trouver le bon compromis de façon à donner des résultats positifs pour la santé publique tout en évitant les conséquences négatives. Le fait que la portée de l'article 907 a) 1) A) était liée à des considérations complexes concernant la santé publique ne veut *pas* dire que cet article pose des

problèmes complexes quant à la compatibilité avec les règles de l'OMC. Au contraire, les Membres ont toute latitude dans le cadre de l'Accord sur l'OMC pour prendre précisément ces types de décisions difficiles au sujet de mesures de santé publique. Rien dans l'Accord sur l'OMC n'empêche les États-Unis de choisir la portée d'une interdiction frappant des produits nocifs sur la base de considérations relatives à la santé publique.

6. Deux questions fondamentales se posent dans l'application de l'article III:4 à une mesure qui établit des distinctions entre des produits semblables. Premièrement, les produits sont-ils semblables au point d'équivaloir à des "produits similaires" aux fins de l'article III:4? Deuxièmement, même lorsqu'il existe un tel rapport de concurrence entre les produits et qu'ils sont par ailleurs suffisamment semblables pour équivaloir à des "produits similaires", la mesure accorde-t-elle un traitement différent en fonction de l'origine?

7. L'Organe d'appel a noté que la détermination de la similarité au regard de l'article III:4 du GATT de 1994 était essentiellement une détermination concernant "la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits". Dans l'analyse du "produit similaire" en l'espèce, il faudrait se rappeler que les règlements techniques, de par leur nature même, établissent des distinctions parmi des groupes de produits qui sont en gros semblables et que ces produits peuvent ne pas être "similaires" dans un contexte réglementaire donné. Dans des rapports antérieurs du GATT et de l'OMC, l'analyse du produit similaire a été effectuée sur la base de quatre critères du "produit similaire" distincts. Les États-Unis rappelleraient que d'après l'Organe d'appel, ces critères ne sont qu'un outil pour l'examen de la nature et de l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits et, dans la présente affaire, pour l'examen du rapport entre les caractéristiques d'un produit et l'objectif sanitaire en cause.

8. Les cigarettes aux clous de girofle sont différentes des cigarettes au tabac et des cigarettes mentholées. Premièrement, s'agissant de la composition physique, celle des cigarettes aux clous de girofle est différente de celle des cigarettes au tabac ou mentholées, et ces différences physiques sont directement liées à la manière dont les consommateurs les différencient ainsi qu'à leur incidence différente sur la santé publique. Surtout, les fleurs de girofle constituent environ 40 pour cent d'une cigarette aux clous de girofle, ce qui lui donne un arôme sucré unique, particulièrement attirant pour les jeunes fumeurs. Les fleurs de girofle contiennent également un anesthésiant appelé eugénol. Ni le tabac ni le menthol ne contiennent d'eugénol. Les cigarettes aux clous de girofle contiennent aussi une "sauce" spéciale, dont leurs fabricants allèguent qu'elle ajoute un goût "plus riche" et "plus fruité", un arôme suave et un arrière-goût plaisant.

9. Deuxièmement, en ce qui concerne les habitudes et les goûts de consommateurs, l'Organe d'appel a noté que lorsque, comme en l'espèce, les propriétés physiques étaient dissemblables, le Membre plaignant avait la "charge plus lourde" de montrer que tous les éléments de preuve, pris ensemble, démontraient que les produits étaient "similaires". L'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombe s'agissant de ce facteur important. Les cigarettes aux clous de girofle étaient fumées aux États-Unis par de jeunes fumeurs faisant l'expérience du tabac. Elles étaient fumées par un très petit pourcentage de la population des États-Unis, et cette consommation était essentiellement le fait de jeunes personnes. Par contre, les cigarettes au tabac et au menthol sont les cigarettes préférées de près de 46 millions de fumeurs réguliers adultes aux États-Unis. L'Indonésie n'a pas montré, comme elle en a l'obligation, que les cigarettes aux clous de girofle cherchaient à concurrencer les cigarettes au tabac ou au menthol sur le plan des circuits de distribution, du linéaire ou de la part de marché. En fait, les cigarettes aux clous de girofle étaient vendues dans des magasins spécialisés et étaient spécifiquement commercialisées en tant que "produit plaisir" spécial. Le fait que ceux qui choisissaient de les fumer étaient presque exclusivement des jeunes donne fortement à penser qu'elles étaient considérées, ainsi qu'il était prévu, comme un objet de plaisir attrayant pour les jeunes, dont bon nombre d'entre eux deviendraient accro à la nicotine. Quant aux fumeurs établis, les éléments de preuve laissent penser que ceux qui disaient fumer des cigarettes

aux clous de girofle ne considéraient généralement pas qu'elles remplaçaient leurs cigarettes "ordinaires" quotidiennes, au tabac ou mentholées.

10. Troisièmement, s'agissant des utilisations finales, il convient de noter que des cigarettes différentes ont, à des degrés divers, des utilisations finales différentes. Les cigarettes sont consommées pour fumer du tabac et pour alimenter une dépendance à la nicotine. Les éléments de preuve provenant d'études montrent que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées (et non les cigarettes aux clous de girofle) sont consommées régulièrement par une vaste majorité de fumeurs aux États-Unis. Les cigarettes ont également pour utilisation finale de susciter une expérience agréable liée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée. Les fabricants de cigarettes aux clous de girofle conçoivent et commercialisent délibérément les cigarettes aux clous de girofle en vue de l'expérience unique créée.

11. Quatrièmement, s'agissant du classement tarifaire, selon la Liste de concessions des États-Unis annexée au GATT de 1994, qui fait partie intégrante de l'Accord sur l'OMC, les cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes sont incluses dans des sous-positions tarifaires à huit chiffres différentes.

12. L'article III:4 du GATT de 1994 prescrit que les Membres accordent aux produits importés un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires. Il est utile de rappeler que l'article III:1 du GATT de 1994 dispose que les taxes intérieures et les mesures réglementaires "ne devront pas être appliqué[e]s aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale". L'Organe d'appel a expliqué que l'article III:1 énonçait un principe général qui commandait le reste de l'article III. Ce principe directeur étaye l'idée que l'article III:4 ne devrait pas être interprété de façon à prohiber les mesures qui peuvent avoir pour effet que certains produits importés sont traités différemment de certains produits nationaux similaires dans des cas où la base du traitement différent n'est pas l'origine nationale.

13. Il n'apparaît pas que l'Indonésie allègue que l'article 907, tel qu'il est libellé, établit une discrimination. De plus, l'Indonésie n'a présenté aucun fait démontrant que l'article 907 – tout en étant neutre quant à l'origine tel qu'il est libellé – établit en fait une discrimination à l'encontre des cigarettes importées. Lorsqu'un critère réglementaire apparemment neutre quant à l'origine s'applique presque exclusivement à des produits importés et non à des produits nationaux semblables, cela indique qu'une mesure neutre telle qu'elle est libellée accorde en fait un traitement différent en fonction de l'origine. Les circonstances en l'espèce sont différentes de celles de l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*. L'article 907 ne s'applique pas presque exclusivement à des cigarettes indonésiennes par rapport aux cigarettes nationales, mais en réalité à des groupes de cigarettes tant importées que nationales. Il résulte de l'interdiction des arômes caractérisants autres que le tabac ou le menthol imposée par les États-Unis que certains types de cigarettes importées et de cigarettes nationales sont prohibés sur le marché des États-Unis, et que certains types de cigarettes importées et de cigarettes nationales sont autorisés sur ce marché. Il résulte de l'article 907 qu'à la fois des cigarettes importées et des cigarettes nationales sont prohibées et qu'à la fois des produits importés et des produits nationaux sont autorisés.

14. Le champ des produits des États-Unis auquel l'interdiction des arômes caractérisants s'applique est vaste. L'article 907 empêche l'entrée de produits sur le marché des États-Unis que les fabricants du pays ont mis des décennies à développer spécifiquement pour les consommateurs des États-Unis. Comme le révèlent des documents de la branche de production des États-Unis, les fabricants nationaux de cigarettes ont développé des gammes de cigarettes aromatisées en vue de recruter une nouvelle génération de fumeurs en Amérique. Il a fallu une interdiction fédérale pour empêcher les fabricants des États-Unis de lancer des marques de cigarettes aromatisées sur le marché.

15. Comme nous venons de l'indiquer, l'article 907 interdit à la fois des produits importés et des produits nationaux – et l'interdiction frappant les produits nationaux est plus que purement symbolique. Toutefois, même dans les cas où une mesure traite la plupart des produits importés différemment de la plupart des produits nationaux semblables, cette différence de traitement ne constitue pas nécessairement un traitement moins favorable. Pour revenir au principe directeur de l'article III du GATT, selon lequel les mesures ne devront pas être appliquées de manière à protéger la production nationale, dans l'affaire *Chili – Boissons alcooliques*, l'Organe d'appel a reconnu qu'une détermination de l'existence d'une application protectrice devait prendre en considération les "buts de la mesure, tels qu'ils s'exprim[aient] objectivement dans sa conception, ses principes de base et sa structure", ainsi que les éventuelles contre-explications du Membre défendeur. En l'espèce, la mesure en cause est compatible avec la législation générale des États-Unis sur le tabac, et en fait partie intégrante, et les États-Unis ont une explication convaincante de la raison pour laquelle les cigarettes aux clous de girofle sont visées par une interdiction qui ne s'applique pas à d'autres cigarettes. Il existe un rapport clair entre la structure de l'article 907 et l'objectif général de la Loi sur le contrôle du tabac, à savoir réduire le tabagisme chez les jeunes tout en évitant des conséquences négatives pour la santé publique.

16. Nous notons que l'Indonésie a fondé sa conclusion concernant le traitement moins favorable sur l'affirmation selon laquelle l'article 907 "crée des conditions de concurrence inégales" en interdisant un produit et non d'autres produits similaires. Cette allégation devrait être rejetée pour deux raisons. Premièrement, l'Indonésie n'a pas indiqué précisément quelles cigarettes étaient comparées et elle n'a pas prouvé que les cigarettes aux clous de girofle étaient effectivement en concurrence avec les cigarettes qui n'étaient pas touchées par l'interdiction. Deuxièmement, conformément au raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, le fait que l'application d'une distinction réglementaire peut affecter le rapport concurrentiel entre les produits importés et les produits nationaux ne fait pas de la mesure une violation des obligations d'un Membre en matière de traitement national.

17. L'obligation d'appliquer le traitement national énoncé à l'article 2.1 de l'Accord OTC devrait être interprétée comme celle qui figure à l'article III:4 du GATT de 1994. Chaque accord constitue un contexte pour l'autre, et les analyses élaborées au titre de l'article III sont pertinentes pour l'interprétation de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Les États-Unis notent le contexte constitué par l'Accord OTC pour l'évaluation des questions relatives au traitement national en cause dans le présent différend. Premièrement, le préambule de l'Accord OTC dispose que cet accord devrait être interprété conformément au droit des Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. Deuxièmement, dans son interprétation de l'article 2.1, le Groupe spécial devrait tenir compte du fait que la mesure en cause en l'espèce est un règlement technique. Comme il a été dit plus haut, de par leur nature même, les règlements techniques établissent une distinction parmi des produits semblables en gros et des critères pour ces produits. Ces distinctions entre les produits pourraient faire en sorte que des produits généralement semblables ne soient "pas similaires" dans certaines circonstances, et elles peuvent souvent avoir une incidence différente sur des produits généralement semblables.

18. L'Indonésie n'a pas fourni d'élément de preuve suffisant pour établir chaque élément de son allégation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En particulier, elle n'a pas produit d'élément de preuve établissant qu'une mesure de rechange: est raisonnablement applicable, réalise l'objectif légitime de la mesure contestée, et est sensiblement moins restrictive pour le commerce que l'article 907 a) 1) A).

19. La Loi sur le contrôle du tabac a pour objectif de protéger la santé publique en réduisant le tabagisme, en particulier chez les jeunes. Le moyen par lequel l'article 907 a) 1) A) réalise cet objectif légitime est l'interdiction des produits pour "débutant" ou d'"apprentissage" qui sont consommés d'une manière disproportionnée par les jeunes, compte tenu néanmoins des conséquences négatives qui pourraient résulter de l'interdiction de produits auxquels des dizaines de millions d'adultes sont

dépendants, chimiquement et psychologiquement. Les faits le confirment. Les cigarettes interdites par l'article 907 a) 1) A) – y compris les cigarettes aux clous de girofle – présentent un attrait disproportionné pour les jeunes et peuvent être considérées à juste titre comme étant des produits "pour débutants" ou d'"apprentissage" pour les fumeurs novices ou potentiels. En outre, le fait que la mesure permet que les cigarettes aromatisées au tabac et au menthol puissent rester en vente limite la portée de l'interdiction et fait en sorte que l'interdiction qui réduit le tabagisme chez les jeunes soit appropriée pour la protection de la santé publique par la prise en compte du risque de conséquences négatives qui pourraient résulter de l'interdiction d'un produit auquel des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. Ces conséquences négatives pourraient comprendre une incidence négative sur la santé des fumeurs adultes, une incidence négative sur le système de soins de santé des États-Unis, et une expansion du marché noir des cigarettes qui existe déjà, dont les conséquences pourraient être des cigarettes plus dangereuses, un accès accru aux cigarettes pour les jeunes et une augmentation de la criminalité.

20. L'Indonésie n'a pas prouvé comme elle en a l'obligation qu'il existait une mesure de rechange qui soit raisonnablement applicable, réalise l'objectif légitime de santé publique de l'article 907 a) 1) A) et soit sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée. Un Membre plaignant ne s'acquitte pas de son obligation d'établir des éléments *prima facie* en se bornant à mentionner des mesures de rechange – il doit montrer au moyen d'éléments de preuve suffisants que la mesure de rechange répond à chaque élément de l'allégation.

21. L'interprétation correcte de l'article 2.2 découle du texte de l'article lui-même, lu dans son contexte, compte tenu des circonstances entourant l'adoption de cet article. Les États-Unis contestent la tentative de l'Indonésie d'invoquer l'interprétation de l'article XX b) du GATT pour éclairer le sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Le terme "nécessaire" est employé à l'article XX b) du GATT dans un contexte différent de celui de l'article 2.2 de l'Accord OTC, et il ne serait pas approprié de recourir à la même interprétation de l'article XX b) du GATT pour l'article 2.2 de l'Accord OTC.

22. L'Indonésie n'a pas établi que l'article 907 a) 1) A) contrevenait aux obligations des États-Unis au titre de l'article III:4 du GATT. Toutefois, si le Groupe spécial devait aborder la question des exceptions au titre du GATT, l'application de l'article 907 a) 1) A) serait justifiée en vertu de l'article XX b) du GATT car elle relève de l'exception prévue à l'alinéa b) et satisfait également aux prescriptions du texte introductif.

23. L'article 907 a) 1) A) a été promulgué en vue de protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme et relève donc de l'éventail des politiques mentionnées à l'alinéa b). Eu égard au grave danger présenté par le tabagisme chez les jeunes et au fait que les taux de ce tabagisme sont restés constamment élevés, la prohibition énoncée à l'article 907 a) 1) A) de certains produits qu'il convient de qualifier de cigarettes de débutant est en fait *nécessaire* pour protéger la santé et la vie des personnes. Même s'il est superflu de poursuivre l'analyse pour montrer que l'article 907 a) 1) A) est nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes, l'analyse de certains rapports antérieurs confirme que la mesure des États-Unis relève de l'article XX. Premièrement, ce qui est en jeu en l'espèce – la protection de la santé et de la vie des personnes – est fondamental. Deuxièmement, il existe un lien fort et réel entre la mesure et l'objectif de politique qu'elle est censée servir car elle contribue directement à la protection de la santé et de la vie des personnes en faisant en sorte que les produits qui présentent un risque particulier pour les jeunes ne puissent pas être vendus sur le marché. Troisièmement, tant le danger présenté par le tabagisme chez les jeunes que le fait que les taux de ce tabagisme sont restés élevés à des niveaux inacceptables en dépit des nombreuses restrictions déjà mises en place *confirment* et non *amoindrissent* le caractère nécessaire de l'interdiction. Pour ces raisons, l'article 907 a) 1) A) relève de l'exception énoncée à l'article XX b).

24. L'article 907 a) 1) A) satisfait également aux prescriptions du texte introductif de l'article XX parce qu'il n'est ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, ni une restriction déguisée au commerce international. Premièrement, l'article 907 a) 1) A) ne prévoit pas de traitement différencié entre les pays. Et même s'il pouvait être constaté que la mesure établit une discrimination, ce comportement ne pourrait pas être considéré comme étant "arbitraire" ou "injustifié" parce que la mesure a été conçue pour remédier à un risque spécifique pour la santé publique. Deuxièmement, l'article 907 a) 1) A) n'est pas une restriction déguisée au commerce international. En particulier, et comme il a été dit plus haut, la mesure n'a pas de but protectionniste. En même temps que l'article 907 a) 1) A) interdit les cigarettes aux clous de girofle d'Indonésie, il interdit aussi aux sociétés des États-Unis de commercialiser une gamme complète de produits qu'elles ont mis des décennies à développer. Le fait que des sociétés étrangères fabriquent des produits qui présentent les mêmes risques et qui ont été affectés de la même manière par la mesure ne peut pas la transformer en mesure protectionniste. En tant que tel, l'article 907 a) 1) A) satisfait au texte introductif de l'article XX et, du fait qu'il relève de l'alinéa b), est justifié au regard de l'article XX b) du GATT.

ANNEXE D-3

DÉCLARATION FINALE DE L'INDONÉSIE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. Je voudrais remercier le Groupe spécial d'avoir prêté attention aux questions soulevées par l'Indonésie dans la présente affaire. Nous pensons qu'il y a des questions de droit importantes que le Groupe spécial doit examiner. Il y a aussi de nombreux faits contestés. J'espère que le Groupe spécial examinera attentivement les faits présentés et s'efforcera de trouver la vérité. Je pense que si le Groupe spécial procède ainsi, il constatera que quatre choses sont vraies:

- les cigarettes aux clous de girofle sont similaires à des cigarettes produites dans le pays qui n'ont pas été interdites;
- les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas plus dangereuses que n'importe quelle autre sorte de cigarette;
- les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas majoritairement populaires auprès des jeunes et elles n'ont ni ciblé les jeunes ni été commercialisées pour eux; et
- il n'existe aucun fondement factuel ou scientifique pour interdire les cigarettes aux clous de girofle si les cigarettes mentholées et d'autres cigarettes beaucoup plus populaires auprès des jeunes ne sont pas interdites.

2. Si ces quatre choses sont vraies, alors les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs engagements dans le cadre du GATT et de l'Accord OTC, et le Groupe spécial devrait recommander que les États-Unis mettent la Règle spéciale pour les cigarettes en conformité avec leurs engagements dans le cadre de l'OMC.

3. Je veux dire très clairement ce que l'Indonésie demande dans la présente affaire. L'Indonésie n'essaie pas de nuire aux efforts déployés par les États-Unis pour lutter contre le tabagisme – en particulier le tabagisme chez les mineurs. Elle ne prétend pas que les cigarettes aux clous de girofle doivent pouvoir être vendues aux États-Unis sans aucune restriction. Elle se conformerait volontiers à toutes règles que les États-Unis ont adoptées, ou adopteront à l'avenir, pour la commercialisation, la publicité ou l'étiquetage – règles qui s'appliquent aux cigarettes ordinaires et aux cigarettes mentholées. Nous pensons que, à tout le moins, les cigarettes aux clous de girofle avaient droit au même examen attentif que les États-Unis appliquent aux cigarettes mentholées pour déterminer l'approche réglementaire appropriée.

4. Tout ce que nous demandons en l'espèce, c'est le traitement équitable d'une branche de production qui est extrêmement importante pour l'Indonésie. Comme je l'ai mentionné dans ma déclaration liminaire, environ 6 millions de personnes en Indonésie sont employées directement ou indirectement dans la production de cigarettes et la culture du tabac. Au nom de chacune d'entre elles et du gouvernement indonésien, je vous remercie.

ANNEXE D-4

DÉCLARATION FINALE DES ÉTATS-UNIS À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. Pour conclure, nous souhaitons mettre l'accent sur quelques points que l'Indonésie conteste ou essaie de minimiser, mais que nous estimons essentiels pour la compréhension du différend.

2. Premièrement, les États-Unis s'attaquent à un produit intrinsèquement dangereux qui présente un défi complexe en matière de santé publique pour le pays et d'ailleurs pour tous les pays qui s'efforcent de réduire les méfaits du tabac. Il importe de garder à l'esprit que la Loi sur le contrôle du tabac est une mesure conçue pour répondre à cette question difficile et que l'article 907 a) 1) A) n'est qu'une disposition de cette mesure plus générale. L'article 907 a) 1) A) est une mesure de santé publique et elle établit des distinctions parmi les produits sur la base de la santé publique. Il vise le problème important, et ardu, du tabagisme chez les jeunes et a pour but de réduire ce tabagisme, tout en tenant compte du risque de conséquences négatives découlant d'une interdiction générale.

3. Nous notons que l'Indonésie évoque la possibilité, qu'elle rejette aussitôt, que les considérations liées à la santé soient pertinentes en l'espèce parce que les États-Unis reconnaissent que toutes les cigarettes sont nocives. Là n'est pas la question. Ce qui est en cause dans le présent différend ce sont les conséquences pour la santé publique des cigarettes aromatisées, à savoir que les arômes (y compris les clous de girofle) ont un attrait particulier pour les jeunes et qu'ils les encouragent à commencer à consommer ce produit délétère, et à en devenir dépendant.

4. Deuxièmement, l'Indonésie dit à plusieurs reprises que l'article 907 a) 1) A) est une interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Ce n'est pas le cas. Il s'agit de l'interdiction d'une catégorie de cigarettes aromatisées qui attirent les jeunes. Les cigarettes aux clous de girofle sont un type de produit, mais pas le seul, qui a cet effet, et elles sont donc visées par l'interdiction.

5. L'Indonésie voudrait aussi que le Groupe spécial juge les cigarettes aromatisées autres que les cigarettes aux clous de girofle dénuées de pertinence pour le présent différend. En fait, les cigarettes aux clous de girofle présentent plusieurs similarités importantes avec les autres cigarettes aromatisées interdites par l'article 907 a) 1) A). Par exemple, comme les autres arômes interdits, elles sont commercialisées avec l'idée force d'une expérience spéciale et agréable associée à l'arôme caractérisant et, comme prévu, elles attirent les fumeurs débutants.

6. Troisièmement, nous tenons à souligner que les données tirées des études disponibles indiquent que les cigarettes aux clous de girofle sont consommées par un nombre important de jeunes fumeurs en "période d'initiation" et qu'elles sont consommées d'une manière disproportionnée par les jeunes fumeurs en comparaison avec des fumeurs de plus de 26 ans. Il ressort de l'ensemble des études nationales publiées que 5 pour cent ou plus des jeunes fumeurs fument des cigarettes aux clous de girofle, contre 1 pour cent ou moins des fumeurs de 26 ans et plus. Cette ventilation démographique montre que les cigarettes aux clous de girofle sont semblables aux autres cigarettes aromatisées et explique pourquoi les cigarettes aromatisées sont une cible logique lorsqu'on cherche à réduire le tabagisme chez les jeunes.

7. Quatrièmement, l'Indonésie allègue que les cigarettes aux clous de girofle ont supporté la totalité de l'action pénalisante de l'article 907 a) 1) A). Ce n'est pas le cas. L'interdiction a eu un effet négatif sur toute une gamme de cigarettes des États-Unis et cet effet a commencé avant même l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) en 2009. On ne peut pas regarder uniquement ce qui était vendu en 2009 pour analyser l'effet de l'article 907. Des projets d'article 907 a) 1) A) ont été examinés au Congrès dès 2004 et les fabricants de cigarettes des États-Unis en étaient bien conscients. De plus,

en 2006, des cigarettes aromatisées commercialisées de façon intensive par le cigarettier RJ Reynolds des États-Unis ont fait l'objet d'un différend très remarqué avec plusieurs États des États-Unis.

8. Comme on dit, pour les fabricants de cigarettes la cause était entendue. Les sociétés se sont rendu compte que l'interdiction des arômes allait être imposée et elles ont commencé à se positionner pour faire face à cette nouvelle réalité. Il n'est pas rare que des sociétés réagissent à une interdiction imminente avant qu'elle prenne effet. Néanmoins, pas plus tard qu'en 2008, au moins quatre fabricants de cigarettes des États-Unis produisaient au moins 26 cigarettes aromatisées distinctes. Le Groupe spécial peut se reporter au paragraphe 51 de la première communication écrite des États-Unis et à la pièce US-52 à ce sujet.

9. En tout état de cause, le véritable effet de l'article 907 a) 1) A) est qu'il a forcé les fabricants de cigarettes des États-Unis à abandonner une gamme entière de produits qui visaient à attirer les jeunes vers leurs produits. Comme il a été dit maintes fois, les jeunes, tant les enfants que les jeunes adultes, constituent la population clé pour les fabricants de cigarettes qui cherchent à maintenir et à accroître leur part de marché. La vraie réponse est que la mesure pénalise lourdement les sociétés des États-Unis.

10. Nous concluons en faisant observer que l'Indonésie a formulé des allégations générales concernant l'insuffisance des éléments de preuve des États-Unis, mais qu'elle a présenté elle-même très peu d'éléments de preuve pour étayer ses allégations – même si c'est à l'Indonésie, et non aux États-Unis, que la charge de la preuve incombe en premier. Comme il a été dit dans nos communications écrites et à cette réunion, là où l'Indonésie a présenté des éléments de preuve, ses prétendus éléments de preuve ne sont pas crédibles quant aux points qu'ils sont censés confirmer.

11. Au nom de notre délégation, je tiens à remercier le Groupe spécial et le Secrétariat pour leur travail dans le cadre du présent différend. Nous comptons bien revenir dans nos prochaines communications sur les questions que nous avons abordées et sur les autres questions soulevées par le Groupe spécial.

ANNEXE D-5

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION LIMINAIRE DE L'INDONÉSIE À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

1. L'Indonésie considère que les règles de l'OMC donnent aux Membres un pouvoir discrétionnaire important pour établir leurs propres politiques réglementaires, en particulier en ce qui concerne des questions aussi cruciales que la protection de la santé publique. Tout au long du présent différend, l'Indonésie a toujours dit que les efforts visant à réduire le tabagisme, en particulier chez les jeunes, étaient un objectif légitime de santé publique. Toutefois, les règles de l'OMC disposent aussi clairement que le pouvoir discrétionnaire des Membres n'est pas illimité et que ceux-ci doivent satisfaire à certaines prescriptions lorsqu'ils adoptent des mesures qui restreignent le commerce. Les États-Unis ne l'ont pas fait. La Règle spéciale est discriminatoire, en violation de l'article 2.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC"), elle est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire, en violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC, et, lors de l'adoption de la Règle spéciale, les États-Unis ne se sont pas conformés à certaines autres dispositions de l'Accord OTC, ce qui a entraîné des violations des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC.

I. ALLÉGATIONS RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL

2. L'Indonésie ne dit pas que les Membres ne peuvent pas poursuivre des objectifs de politique publique légitimes d'une façon progressive. Toutefois, une approche progressive de la réglementation ne peut pas être adoptée si elle traite les produits importés d'une manière moins favorable que les produits nationaux similaires. Les États-Unis expliquent que leurs actions consistent à mettre "temporairement" de côté les cigarettes mentholées en vue d'un examen plus approfondi. L'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT ne prévoient pas de traitement moins favorable "temporaire". En outre, "temporaire" n'est pas synonyme de "progressif".

A. CLARIFICATION DES FAITS SE RAPPORTANT AU TRAITEMENT NATIONAL

3. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis disent que la Règle spéciale vise les personnes âgées de 12 à 26 ans parce qu'elles correspondent, selon les responsables de la santé publique, à la "période d'initiation" au tabagisme. L'Indonésie conteste l'affirmation des États-Unis selon laquelle la Règle spéciale vise les personnes de plus de 18 ans. La Règle spéciale vise les personnes de moins de 18 ans, conformément à l'intention globale de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial (la "FSPTCA"). L'Indonésie ne formule aucune allégation concernant la validité générale d'une "période d'initiation" ou les éventuels avantages du fait d'axer les efforts de réduction du tabagisme sur les personnes de ce groupe d'âge. Mais le fait demeure que la FSPTCA et la Règle spéciale ne visent pas, de par leurs propres termes, cette population.

4. Le rapport de la Chambre indique clairement que la FSPTCA a pour objectifs "de protéger la santé publique et de réduire le nombre de personnes de moins de 18 ans qui font usage de produits du tabac". Il est aussi expliqué dans le rapport de la Chambre que le but de la Règle spéciale est d'interdire les cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes.

5. Le même souci de limiter la consommation du tabac par les jeunes est exprimé avec constance dans d'autres dispositions de la FSPTCA. Ces autres dispositions de la FSPTCA visent soit les jeunes (âgés de 17 ans et moins) soit les adultes (18 ans et plus). Il n'y a pas une seule disposition qui vise à réduire le tabagisme chez les adultes âgés de 18 à 26 ans et il n'est pas fait mention, ni dans la FSPTCA elle-même ni dans le rapport de la Chambre, de la réduction du tabagisme pendant la "période d'initiation".

6. Les États-Unis font valoir à maintes reprises que les "cigarettes aux clous de girofle sont consommées d'une manière disproportionnée par les jeunes et ne le sont pas massivement par les adultes". Les données communiquées tant par l'Indonésie que par les États-Unis montrent que les jeunes ne fument pas d'une manière disproportionnée des cigarettes aux clous de girofle. En fait, la pièce 73 de l'Indonésie montre que le taux moyen de consommation de cigarettes aux clous de girofle par les jeunes et par les adultes est le même, à 0,3 pour cent. Même si le Groupe spécial prend uniquement en considération les données tirées des études que les États-Unis jugent "fiables", le fait est qu'il n'y a rien d'unique quant au mode de consommation de cigarettes aux clous de girofle qui le distinguerait de la consommation de cigarettes mentholées ou de cigarettes ordinaires. Les États-Unis appellent l'attention sur les *NSDUH* pour 2002 et 2003, qui montrent un pourcentage plus élevé de jeunes ayant essayé les cigarettes aux clous de girofle par rapport aux adultes. Or le même mode de consommation est constaté pour les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac. Dans sa pièce 75, l'Indonésie a fourni des éléments de preuve indiquant que 51 pour cent des jeunes consomment des cigarettes mentholées, mais que le taux de consommation des adultes chute de presque 20 pour cent pour se situer à 32 pour cent seulement, ce qui montre que les jeunes commencent par des cigarettes mentholées pour passer à d'autres cigarettes à l'âge adulte. Cette tendance se vérifie aussi pour les cigarettes en général. Dans ses constatations concernant la FSPTCA, le Congrès des États-Unis a noté que plus de 80 pour cent des jeunes fumaient des cigarettes de l'une de trois marques très commercialisées – "Camel", "Marlboro" et "Newport" – mais que seulement 54 pour cent des adultes fumaient des cigarettes de ces marques. Ainsi, rien dans les données tirées des études concernant la consommation par les jeunes et les adultes n'étaye la conclusion selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle sont consommées d'une manière disproportionnée par les jeunes mais d'autres sortes de cigarettes ne le sont pas.

7. Les États-Unis font valoir que les données concernant les personnes qui ont dit qu'elles fumaient "le plus souvent" des cigarettes aux clous de girofle ne devraient pas être utilisées parce qu'il s'agit de cigarettes dites "pour les occasions spéciales" et que ces données ne rendront donc pas compte de tous ceux qui ont essayé les cigarettes aux clous de girofle ou en ont fait l'expérience. L'Indonésie rejette l'idée que les cigarettes aux clous de girofle sont uniquement des cigarettes "pour les occasions spéciales". Les données des *NSDUH* pour la période 2002-2009 montrent qu'il y a un groupe modeste mais stable de jeunes et d'adultes qui déclarent fumer le plus souvent des cigarettes aux clous de girofle. En outre, dans la mesure où les données de la *NSDUH* concernant les cigarettes fumées "le plus souvent" ne rendent pas compte des jeunes qui fument des cigarettes aux clous de girofle occasionnellement, elles ne rendent pas compte non plus des adultes qui fument ces cigarettes occasionnellement.

8. Les États-Unis font également valoir que les données provenant des *NSDUH* pour 2002 et 2003, de l'étude *Monitoring the Future* ("*MTF*") et de l'*Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes* ("*NYTS*") représentent le mieux la consommation de cigarettes aux clous de girofle par les jeunes parce que ces études portent sur la consommation de ces cigarettes pendant le dernier mois ou la dernière année. Dans sa deuxième communication écrite, l'Indonésie a signalé de nombreuses incohérences dans les données de ces études qui montraient, une fois corrigées, un taux de consommation des cigarettes aux clous de girofle inférieur à celui qui était initialement indiqué dans ces études. Toutefois, même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que les taux signalés par les États-Unis soient exacts, les résultats prouveraient quand même que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas du tout populaires auprès des jeunes, et qu'elles les sont encore moins "majoritairement". Par exemple, selon la *NYTS*, 11 pour cent des fumeurs interrogés (y compris les jeunes adultes de 21 ans et moins) avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours des 30 jours précédents. Selon l'étude *MTF*, 5,5 pour cent des élèves de douzième année (dont certains pouvaient avoir 18 ans) avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours de l'année précédente. La *NSDUH* – utilisant la question de l'enquête de 2003, qui a la préférence des États-Unis –, indique que 5 pour cent des jeunes fumeurs avaient essayé une cigarette aux clous de

girofle au cours des 30 jours précédents. Ces données montrent qu'au minimum, près de 90 pour cent des jeunes qui fument n'ont même pas touché à une cigarette aux clous de girofle. Cela est compatible avec la conclusion des chercheurs de l'étude *MTF* selon laquelle la consommation de cigarettes aux clous de girofle était "une mode passagère qui n'avait tout simplement pas pris auprès de la plupart des jeunes".

9. Toutefois, les réponses à ces questions ne nous disent pas plusieurs choses qui sont essentielles pour les questions dont le Groupe spécial est saisi. Par exemple, il est impossible de savoir d'après ces réponses, si la personne qui a répondu "oui" n'a fumé qu'une partie d'une cigarette en une seule occasion ou si elle fumait des cigarettes aux clous de girofle régulièrement. De même, les questions de ces enquêtes ne nous disent absolument rien sur le point de savoir si la consommation indiquée de cigarettes aux clous de girofle correspondait à la toute première consommation de cigarette par la personne interrogée ou si celle-ci fumait déjà des cigarettes ordinaires et des cigarettes mentholées avant d'essayer une cigarette aux clous de girofle. En fait, il est impossible de savoir d'après les questions de ces enquêtes si les personnes interrogées sont devenues dépendantes au tabac. Comme l'étude *Monitoring the Future* et l'*Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes* ne comprennent pas les adultes, elles ne fournissent absolument aucun élément de preuve étayant la conclusion selon laquelle les jeunes consomment les cigarettes aux clous de girofle d'une manière disproportionnée et les adultes ne le font pas. C'est à cause de limitations comme celles-ci que l'Indonésie estime important d'examiner un éventail beaucoup plus large de données que celles qui ont été présentées par les États-Unis.

10. Les États-Unis continuent d'affirmer dans leur deuxième communication écrite, que les cigarettes aux clous de girofle sont des produits pour "débutant" qui contribuent à la dépendance des jeunes aux cigarettes. Ils sont la partie qui a formulé l'allégation selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle sont des cigarettes "de débutant" qui contribuent à la dépendance des jeunes aux cigarettes et il leur appartient donc de fournir des éléments de preuve à l'appui de cette allégation. Ils ne l'ont pas fait. Ce que les éléments de preuve dans le présent différend montrent c'est que ce sont d'autres cigarettes, et non les cigarettes aux clous de girofle, qui sont des cigarettes "pour débutant". Pour l'Indonésie, le meilleur moyen d'établir quelles cigarettes sont des cigarettes de débutant est de savoir laquelle les jeunes fument le plus. Les jeunes fument beaucoup plus de cigarettes aromatisées au menthol et au tabac que de cigarettes aux clous de girofle. Les données montrent que les jeunes fument des cigarettes mentholées en grande quantité avant de passer à d'autres cigarettes à l'âge adulte. Les données relatives aux adultes qui fument actuellement des cigarettes aux clous de girofle le confirment également. À titre d'exemple, deux tiers de ceux qui fument actuellement des cigarettes aux clous de girofle disent en avoir fumé pour la première fois plus d'un an après avoir essayé leur première cigarette, alors que seulement 6 pour cent disent que leur première cigarette a été une cigarette aux clous de girofle.

11. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis font plusieurs affirmations au sujet des préoccupations en matière de santé publique qui concernent les cigarettes aromatisées visées par l'interdiction énoncée dans la Règle spéciale, y compris les cigarettes aux clous de girofle. Ces affirmations concernent l'attrait de ces cigarettes pour les jeunes. Dans la section D.1 de leur deuxième communication écrite, les États-Unis expliquent comment, dans les années 1990, les fabricants de cigarettes ont élaboré, conçu et commercialisé des cigarettes ayant de nouveaux arômes pour attirer les jeunes. Aucun des éléments de preuve cités ne concerne les cigarettes aux clous de girofle. Ces cigarettes ont été vendues aux États-Unis pendant plus de 40 ans. Elles ne sont pas un produit nouveau conçu pour attirer les jeunes fumeurs. Les cigarettes aux clous de girofle n'ont jamais été commercialisées comme un produit "saisonnier" ou vendu "en nombre limité".

12. Dans leur analyse des préoccupations en matière de santé publique suscitées par les cigarettes aromatisées interdites par la Règle spéciale, les États-Unis citent sélectivement des extraits du rapport de l'OMS. Ce rapport recommande en définitive différentes approches réglementaires pour, d'une

part, les cigarettes à l'arôme de bonbons (à savoir, prohibition de la fabrication et commercialisation restreinte) et, d'autre part, les kreteks (ou cigarettes aux clous de girofle) et les cigarettes mentholées (à savoir, sensibilisation au sujet des additifs contenus dans ces cigarettes). Les extraits du rapport de l'OMS cités par les États-Unis où il est fait mention des cigarettes aux clous de girofle traitent du potentiel des arômes pour attirer les consommateurs. L'Indonésie convient avec les États-Unis qu'"aux fins de l'analyse dans le présent différend, les termes "attirer" et "consommer" sont équivalents". Les données ne montrent pas que les consommateurs sont fortement attirés par les cigarettes aux clous de girofle. Un très faible pourcentage de fumeurs, jeunes et adultes, consomment effectivement des cigarettes aux clous de girofle.

B. ANALYSE DU PRODUIT SIMILAIRE

13. L'Indonésie a présenté suffisamment d'éléments de preuve et d'arguments pour établir que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac. Elle a établi que les cigarettes aux clous de girofle avaient les mêmes caractéristiques physiques, utilisations finales et préférences des consommateurs, et le même classement tarifaire que les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Aucune des affirmations présentées par les États-Unis ne fait apparaître des différences notables entre les trois types de cigarettes qui les rendraient non "similaires". Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis affirment que les caractéristiques physiques et les goûts et préférences des consommateurs sont particulièrement pertinents car ils ont des conséquences sur la santé publique. Toutefois, les distinctions invoquées par les États-Unis au sujet de ces facteurs sont sans importance et n'enlèvent rien au rapport de concurrence qui existe entre les cigarettes aux clous de girofle, d'une part, et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac, d'autre part. Ces différences ne démontrent pas non plus que les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque unique pour la santé publique.

14. Les États-Unis mettent de nouveau en avant la présence de clous de girofle et d'une soi-disant "sauce secrète" comme différence notable de propriétés physiques entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Ils allèguent que cette présence crée une différence de goût et que, par conséquent, les consommateurs ne voient pas les cigarettes aux clous de girofle comme un produit pouvant se substituer aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac. Cette allégation ne tient pas compte du fait que les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac ont les unes et les autres leurs propres agents aromatisants, qui sont aussi appelés "sauce" ou "sauçage". La soi-disant "sauce secrète" pour les cigarettes aux clous de girofle est très semblable aux ingrédients aromatisants employés dans les cigarettes américaines. Tous les fabricants de cigarettes des États-Unis ajoutent des aromatisants à leurs cigarettes afin d'en différencier le goût par rapport à d'autres cigarettes. En fait, l'Indonésie a présenté des éléments de preuve indiquant que les consommateurs n'hésitent pas à substituer ces trois types de cigarettes entre eux. D'ailleurs, l'Indonésie et les États-Unis conviennent même que 75 à 79 pour cent des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle fument également des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires. Les États-Unis affirment aussi à tort que ces différences d'arômes rendent les cigarettes aux clous de girofle plus attirantes pour les jeunes et moins attirantes pour les adultes. Les données qu'ils utilisent pour étayer leur affirmation prouvent en fait qu'au minimum, près de 90 pour cent des jeunes fumeurs (âgés de moins de 18 ans) n'ont pas essayé de cigarettes aux clous de girofle. En outre, la consommation de cigarettes aux clous de girofle ne diminue pas de manière sensible chez les adultes.

C. TRAITEMENT MOINS FAVORABLE

15. L'Indonésie a démontré, à la fois dans ses communications écrites et lors de sa première comparution devant le Groupe spécial, que la Règle spéciale traitait les cigarettes aux clous de girofle importées moins favorablement que les produits nationaux "similaires". Bien qu'elle soit neutre telle

qu'elle est libellée, la Règle spéciale aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre de produits importés. L'interdiction des arômes caractérisants n'englobe pas les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Tant les cigarettes mentholées que les cigarettes aromatisées au tabac sont principalement produites aux États-Unis tandis que les cigarettes aux clous de girofle, qui ont été interdites, étaient principalement importées d'Indonésie. En interdisant les cigarettes aux clous de girofle et non les produits nationaux similaires (les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac), les États-Unis ont modifié les conditions de concurrence au détriment des cigarettes aux clous de girofle importées. En fait, la quasi-totalité des cigarettes similaires de fabrication nationale n'a pas été affectée par les restrictions imposées par la Règle spéciale, de sorte que celle-ci aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre des cigarettes aux clous de girofle importées.

16. Les États-Unis continuent d'affirmer que l'Indonésie doit montrer que les cigarettes aux clous de girofle sont soumises à un traitement différent en fonction de leur origine nationale ou étrangère. À la première réunion avec le Groupe spécial, l'Indonésie et un certain nombre de tierces parties ont exprimé leurs préoccupations au sujet de cet argument. Aucun rapport de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel n'a jamais exigé à la fois un critère du "traitement moins favorable" et un second critère "sur la base de l'origine nationale".

17. L'Indonésie conteste que l'analyse du "traitement moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT exige une analyse distincte de la question de savoir si une mesure est appliquée "de manière à protéger la production nationale". Dans l'affaire *CE – Bananes* III, l'Organe d'appel a constaté que "l'article III:4 ne renvo[yait] *pas* expressément à l'article III:1. En conséquence, pour déterminer s'il y a eu violation de l'article III:4 il n'est *pas* nécessaire d'examiner séparément si une mesure "[protège] la production nationale"". S'il n'est pas nécessaire d'effectuer une analyse distincte d'après le critère "de manière à protéger la production nationale" au titre de l'article III:4 du GATT, alors rien ne permet de le faire au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui ne contient même pas ces termes.

II. ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

18. L'Indonésie a établi *prima facie* que la Règle spéciale était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC parce qu'elle était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes. Selon le rapport de la Chambre, la Règle spéciale a pour objectif de protéger la santé publique en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes.

19. Comme la Norvège l'a indiqué à la première réunion du Groupe spécial, selon la Règle spéciale "certaines cigarettes sont interdites pour promouvoir la santé publique et d'autres cigarettes plus populaires sont autorisées, apparemment aussi pour promouvoir la santé publique". Or, il apparaît que les États-Unis ont fondé leur décision de ne pas exclure de la Règle spéciale les cigarettes mentholées ou les cigarettes aromatisées au tabac au vu de conséquences négatives hypothétiques. Cela, en dépit du fait qu'il y a une montagne d'éléments de preuve indiquant que les cigarettes mentholées sont les véritables cigarettes "de débutant" pour les jeunes.

20. Les États-Unis tentent d'ajouter à l'objectif de la Règle spéciale le fait d'"éviter les conséquences négatives *potentielles* pour la santé". Toutefois, ils ne présentent aucun élément de preuve, scientifique ou autre, concernant ces effets négatifs supposés sur la santé que la Règle spéciale est censée éviter, parce que, comme les États-Unis le reconnaissent, ces conséquences sont "inconnues, mais éventuellement négatives". En affirmant l'existence de ces effets négatifs, les États-Unis supposent, sans le démontrer, que si les cigarettes mentholées étaient interdites, tous ceux qui les fument se rendraient directement soit chez le médecin, soit sur le marché noir. Les deux parties ont indiqué plusieurs autres options pour les fumeurs de cigarettes mentholées si celles-ci avaient été incluses dans l'interdiction, telles que l'adoption des cigarettes ordinaires ou la

consommation d'autres produits aromatisés au menthol, par exemple les cigares mentholés à bout filtre.

21. L'Indonésie n'affirme pas que la Règle spéciale doit éliminer le tabagisme chez les jeunes; cette règle doit en fait contribuer de manière importante à la réalisation de l'objectif de la mesure. Dans la présente affaire, la Règle spéciale ne peut pas apporter de contribution importante uniquement en interdisant une cigarette que la plupart des jeunes ne fument pas. Plusieurs tierces parties ont formulé la même observation.

22. Les États-Unis insistent sur la nécessité de la Règle spéciale pour empêcher les fabricants de cigarettes de lancer de nouvelles cigarettes aromatisées sur le marché. Toutefois, en vertu de l'article 910 c) de la FSPTCA, le HHS doit approuver l'introduction de tout nouveau produit du tabac sur le marché des États-Unis. Cette disposition suffit à elle seule pour empêcher l'entrée de nouvelles cigarettes aromatisées sur le marché si le HHS juge que ces cigarettes seraient attrayantes pour les jeunes.

23. Les arguments avancés par les États-Unis pour réfuter l'allégation *prima facie* de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC doivent être rejetés parce que le point essentiel de leur moyen de défense – à savoir que la Règle spéciale interdit uniquement les cigarettes "pour débutant" qui sont majoritairement consommées par les jeunes et non par les adultes – n'est pas étayé par des éléments de preuve. En conséquence, la Règle spéciale ne contribue pas de manière importante à la réalisation de l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes et la non-interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne présenterait donc aucun risque notable pour la réalisation de l'objectif de la mesure, à savoir réduire le tabagisme chez les jeunes. Comme l'Indonésie a démontré que la Règle spéciale n'était pas nécessaire, il n'y a pas lieu d'examiner s'il existe des mesures moins restrictives pour le commerce.

24. Toutefois, au cas où le Groupe spécial ne serait pas de cet avis, l'Indonésie a présenté plusieurs mesures moins restrictives pour le commerce auxquelles les États-Unis pourraient recourir pour limiter les possibilités des jeunes de se procurer des cigarettes aux clous de girofle. Les États-Unis soutiennent que "toute mesure qui n'élimine pas du marché les cigarettes ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc., que des dizaines de millions d'adultes ne fument pas ne réalise pas l'objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent approprié". Ils confondent l'objectif de la mesure avec le moyen choisi pour réaliser l'objectif (c'est-à-dire, la mesure elle-même). Le Groupe spécial devrait rejeter cette déclaration intéressée et examiner attentivement les mesures de rechange proposées par l'Indonésie.

25. Chacune des mesures de rechange proposées par l'Indonésie aurait été "moins restrictive pour le commerce" que l'interdiction complète d'importer des cigarettes aux clous de girofle. Toutes les mesures de rechange proposées étaient raisonnablement disponibles pour les États-Unis et pourraient permettre de réduire le tabagisme chez les jeunes, car elles soit 1) figuraient déjà dans la FSPTCA et étaient considérées efficaces par les États-Unis pour empêcher les jeunes de fumer des cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac; soit 2) avaient été adoptées par les États-Unis dans d'autres contextes pour retirer des cigarettes aromatisées du marché et auraient pu être incorporées dans la FSPTCA; soit encore 3) étaient employées par d'autres pays dans le même but de réduire le tabagisme chez les jeunes.

III. AUTRES ALLÉGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD OTC

26. L'Indonésie a établi des éléments *prima facie* en ce qui concerne ses allégations au titre des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombe de réfuter les allégations de l'Indonésie au titre de ces articles de l'Accord OTC.

IV. MOYEN DE DÉFENSE DES ÉTATS-UNIS AU TITRE DE L'ARTICLE XX

27. Dans leur première communication écrite, les États-Unis affirment que s'il est constaté que la Règle spéciale est incompatible avec l'article III:4 du GATT, celle-ci est néanmoins justifiée au regard de l'article XX du GATT. L'Indonésie a démontré que l'interdiction énoncée dans la Règle spéciale n'était pas nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes et qu'elle était une restriction déguisée au commerce international. À ce titre, l'article XX du GATT ne peut pas être utilisé pour justifier la Règle spéciale s'il est constaté qu'elle est incompatible avec l'article III:4 du GATT.

ANNEXE D-6

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE LIMINAIRE DES ÉTATS-UNIS À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

1. Étant donné la menace que constitue le tabagisme et le fait que les cigarettes sont aussi dépendogènes que l'héroïne ou la cocaïne, il *va de soi* que le fait de concevoir le produit de façon à le rendre plus attrayant, en y ajoutant par exemple des arômes forts et sucrés de bonbon, de fruit ou de clou de girofle, *en accroît la nocivité*. Il n'est donc pas surprenant que les recherches sur la santé publique, les travaux de l'Organisation mondiale de la santé et les données des études des États-Unis étayent tous la conclusion selon laquelle ces arômes présentent un risque particulièrement grave pour la santé publique. Bien entendu, toutes les cigarettes présentent un risque pour la santé. Mais du fait que les cigarettes sont aussi dépendogènes et consommées en aussi grande quantité, il est extrêmement difficile et compliqué de les interdire complètement. Il est tout simplement irresponsable de soutenir, comme le fait l'Indonésie, que l'élimination d'un produit aussi dépendogène et consommé en aussi grande quantité que les cigarettes n'est pas susceptible d'avoir des conséquences négatives pour les fumeurs, le système de soins de santé des États-Unis et la société dans son ensemble. La Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial (la "Loi sur le contrôle du tabac") est la dernière salve dans la lutte permanente contre le problème du tabagisme, et l'article 907 a) 1) A) représente un élément raisonnable et pragmatique de la stratégie globale des États-Unis.

2. Dans sa dernière communication, l'Indonésie critique à nouveau la description que font les États-Unis des données des études. Toutes les critiques formulées par l'Indonésie sont dénuées de fondement. Les techniques d'analyse des données utilisées par l'Indonésie abaissent artificiellement les taux de prévalence et minimisent le rôle des cigarettes aux clous de girofle dans l'initiation au tabagisme. Le fait incontournable est que l'interdiction, en vertu de l'article 907 a) 1) A), des cigarettes ayant des arômes caractérisants, y compris les arômes de bonbon, de fruit et de clou de girofle, est parfaitement conforme aux données scientifiques disponibles concernant la santé publique en relation avec le tabagisme, et les critiques de l'Indonésie visant les données des études ne peuvent pas changer cette réalité.

I. ARTICLE III.4 DU GATT DE 1994 ET ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

3. L'Indonésie n'as pas établi que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac. Elle n'a jamais étayé son allégation selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle étaient en concurrence avec les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac pour "l'accès aux circuits de distribution, le linéaire et la part de marché". Du point de vue des producteurs de clous de girofle indonésiens, les cigarettes aux clous de girofle aux États-Unis constituent pour eux un marché des "kreteks".

4. De même, l'Indonésie n'a pas prouvé que les consommateurs des États-Unis considéraient que les cigarettes aux clous de girofle étaient interchangeables avec les cigarettes au tabac ou mentholées. Sa seule allégation à cet effet est qu'un certain nombre de personnes ayant déclaré fumer des cigarettes aux clous de girofle ont aussi indiqué qu'elles fumaient des cigarettes mentholées ou au tabac. En fait, les statistiques concernant la consommation parallèle de cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes sont compatibles avec ce que révèlent les éléments de preuve provenant des études: les jeunes consommateurs ont tendance à fumer les cigarettes aux clous de girofle à titre expérimental, et non en tant que substitut pour d'autres marques. Une cigarette "d'apprentissage" n'est pas nécessairement la première ou la seule cigarette qu'essaie un jeune; c'est une cigarette, par exemple aux clous de girofle, qui attire davantage les fumeurs inexpérimentés et encourage donc la consommation ultérieure de tous les produits du tabac. Contrairement à ce qu'en dit l'Indonésie en

l'espèce, les fabricants de cigarettes aux clous de girofle les commercialisent en faisant valoir une expérience unique associant les clous de girofle et le tabac.

5. Sur le plan de la concurrence et des perceptions des consommateurs, les différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac, en l'espèce, se distinguent clairement du rapport de concurrence et des perceptions des consommateurs parmi les produits en cause dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*. Dans ce différend, le Groupe spécial a jugé important le fait que les producteurs et les consommateurs choisissaient un édulcorant ou l'autre de manière interchangeable, indépendamment des différences physiques. Dans la présente affaire, les consommateurs perçoivent clairement une différence de goût entre les cigarettes aux clous de girofle, et les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées.

6. L'Indonésie n'a pas non plus démontré que les cigarettes aux clous de girofle étaient "similaires" aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées du point de vue de la santé publique, selon lequel les modes de consommation sont un facteur de "similarité" pertinent. Les États-Unis ont démontré que, chez eux, les modes de consommation des cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées étaient différents de ceux des cigarettes mentholées et des cigarettes aromatisées au tabac. L'allégation de l'Indonésie selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle présentent les "mêmes risques pour la santé que d'autres cigarettes" est incompatible avec l'attrait disproportionné de ces cigarettes pour les jeunes fumeurs. L'Indonésie elle-même reconnaît que les cigarettes qui "encouragent les nouveaux et jeunes fumeurs" peuvent présenter un "risque spécifique pour la santé" et qu'il ne faut donc pas les considérer comme "similaires" à d'autres cigarettes.

7. Les États-Unis avaient de bonnes raisons de conclure que les cigarettes aux clous de girofle étaient consommées par les jeunes d'une façon disproportionnée et qu'elles présentaient donc un risque particulier pour la santé. Cette conclusion est amplement étayée par des travaux de recherche soumis à un examen par les pairs. Devant ces constatations solides et fondées sur la recherche, l'Indonésie fait valoir qu'il ne s'agit que d'un "mythe". Son affirmation repose sur une interprétation erronée des études et sur les vues non étayées d'une poignée de commentateurs choisis.

8. Les critiques de l'Indonésie n'affaiblissent ni ne contredisent la conclusion raisonnable selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque particulier pour les jeunes et la santé publique. Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a reconnu qu'il n'était pas "censé trancher un débat scientifique", mais évaluer objectivement, en se fondant sur les éléments de preuve présentés, la question de savoir si "un décideur chargé de prendre des mesures en matière de santé publique conclurait raisonnablement" à l'existence d'un risque.

9. Comme il a été démontré dans les affaires *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool* et *CE – Amiante*, il ne s'agit pas pour le Groupe spécial de savoir si les produits sont identiques dans l'abstrait, mais si les produits sont "similaires" dans les circonstances et le contexte pertinents. Dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, des édulcorants provenant de plantes différentes ont été réputés être des "produits similaires" malgré cette différence physique parce que celle-ci passait inaperçue aux yeux des producteurs et des consommateurs. En l'espèce, comme dans l'affaire *CE – Amiante*, les différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont liées directement à des perceptions différentes des produits par les consommateurs et au risque en cause pour la santé publique.

10. Outre le fait que les cigarettes ne sont pas toutes des produits "similaires", l'Indonésie n'a pas non plus démontré l'existence d'un traitement moins favorable. Elle prétend avoir établi *prima facie* l'existence d'un "traitement moins favorable" en affirmant que "dans la pratique, la quasi-totalité des cigarettes de fabrication nationale n'a pas été affectée par les restrictions imposées par la Règle spéciale, de sorte que celle-ci aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre des cigarettes aux

clous de girofle importées". Cette conclusion est fondée sur une analyse juridique et factuelle erronée et incomplète.

11. Dans des différends antérieurs dans le cadre du GATT de 1994, où les mesures en cause étaient des taxes appliquées à des produits dont il avait été déterminé qu'ils étaient "similaires", les analyses ont souvent accordé un poids important à la proportion des produits importés par rapport aux produits nationaux qui étaient taxés au taux plus élevé. Toutefois, cette proportion n'est ni déterminante en soi de l'existence d'un "traitement moins favorable" ni un élément de preuve nécessairement solide indiquant qu'il y a traitement moins favorable dans tous les cas.

12. À titre d'exemple, dans les affaires concernant des normes de produits, pour répondre à la question de savoir s'il y a traitement moins favorable *de facto*, il faut déterminer si la norme de produit est légitime ou elle est un moyen de traiter des produits importés moins favorablement que des produits nationaux. Dans ce contexte, la proportion des produits importés qui ne répondent pas à la norme de produit par rapport à celle des produits nationaux non conformes est pertinente, mais elle n'est pas nécessairement un indicateur de traitement moins favorable aussi solide que dans le contexte décrit ci-dessus.

13. L'analyse du "traitement moins favorable" exige un examen de tous les éléments de preuve pertinents, y compris le but objectif de la mesure et la question de savoir si les effets défavorables allégués sur les produits importés dépendent de l'origine nationale de ces produits. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a indiqué que les Membres pouvaient établir des distinctions entre des produits dont il avait été déterminé qu'ils étaient "similaires" sans nécessairement accorder un traitement moins favorable aux produits importés. De même les Groupes spéciaux *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* et *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* ont constaté que lorsqu'un effet défavorable allégué sur un produit importé n'était pas imputable à l'origine étrangère du produit, cet effet n'était pas un élément de preuve indiquant l'existence d'un traitement moins favorable. Dans le présent différend, le seul élément de preuve concernant un "traitement moins favorable" que l'Indonésie a présenté est le fait que l'article 907 a) 1) A) interdit certaines cigarettes moins consommées, aussi bien étrangères que nationales, et n'interdit pas d'autres cigarettes consommées en plus grande quantité, aussi bien étrangères que nationales. L'Indonésie n'a pas démontré que la mesure a pour objectif de cibler les importations et de protéger la production nationale. Dans l'affaire *Mexique – Boissons sans alcool*, il n'a pas été contesté que les mesures du Mexique avaient été conçues pour pénaliser les produits des États-Unis par rapport aux produits mexicains. Dans le présent différend, la mesure en cause, l'article 907 a) 1) A), n'est pas une mesure fiscale visant à pénaliser des produits importés. C'est une mesure de santé publique, fondée sur les modes de consommation de différents types de cigarettes par les consommateurs des États-Unis et des considérations connexes relatives à la santé publique.

14. S'agissant des faits, l'Indonésie présente uniquement une description partiale et trompeuse de la manière dont l'interdiction s'applique aux cigarettes importées par rapport aux cigarettes nationales. L'interdiction s'applique à une petite catégorie de cigarettes en général, qui comprend aussi bien des cigarettes importées que des cigarettes nationales. Les cigarettes aux clous de girofle représentaient environ 0,1 pour cent du marché des cigarettes des États-Unis. L'article 907 a) 1) A) interdit également d'autres cigarettes aromatisées fabriquées aux États-Unis, qui, comme les cigarettes aux clous de girofle, représentaient une petite partie du marché des États-Unis. En d'autres termes, une catégorie relativement modeste de produits tant nationaux qu'importés est interdite par l'article 907 a) 1) A). Par contre, l'article 907 a) 1) A) autorise les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées fabriquées aussi bien par des producteurs des États-Unis que par des producteurs étrangers. Au moins 95 pour cent des cigarettes importées sont toujours autorisées en vertu de l'article 907 a) 1) A). L'Indonésie a également exporté vers les États-Unis des cigarettes au tabac qui ne contiennent pas de clous de girofle.

15. Les circonstances du présent différend ne sont pas, comme l'Indonésie le laisse entendre, directement analogues à celles de l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, dans laquelle presque 100 pour cent des édulcorants importés étaient imposés à un taux plus élevé que presque 100 pour cent des édulcorants nationaux. Le Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool* a estimé que le fait que les produits importés pris dans leur ensemble étaient imposés à un taux plus élevé que les produits nationaux pris dans leur ensemble était un élément de preuve solide indiquant l'existence d'un traitement moins favorable *de facto*. Cette approche est compatible avec l'analyse de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*. Dans la présente affaire, la différenciation établie par l'article 907 a) 1) A) entre les cigarettes qui sont interdites et celles qui ne le sont pas ne coïncide pas avec l'ensemble des cigarettes importées par opposition à l'ensemble des cigarettes nationales.

II. L'INDONÉSIE N'A PAS ÉTABLI QUE L'ARTICLE 907 A) 1) A) ÉTAIT INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

16. L'Indonésie continue de soutenir que pour interpréter le texte de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial doit examiner d'abord et surtout l'interprétation de l'article XX b) du GATT par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. L'approche de l'Indonésie pose plusieurs problèmes. Le plus évident est qu'elle oblige l'Indonésie à inclure le terme "nécessaire" deux fois, alors qu'il n'est employé qu'une fois à l'article 2.2. Ensuite, le deuxième élément, suivant l'Indonésie, importe dans l'analyse de l'article 2.2 de nombreux critères qui ne figurent pas dans le texte de cet article, y compris la question de savoir si la mesure contribue de manière importante à la réalisation de son objectif et si elle établit une discrimination arbitraire ou injustifiable entre pays où les mêmes conditions existent. Entre autres choses, l'Indonésie n'explique pas en quoi l'article 2.2 inclurait cet élément concernant la discrimination à la lumière de l'article 2.1. Ce qu'un Membre doit faire pour agir conformément à l'article 2.2, comme il ressort du libellé, c'est de faire en sorte que son règlement technique ne soit pas plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime. Conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, une mesure ne satisfait pas à ce critère si: 1) il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable; 2) qui réalise l'objectif de la mesure au niveau que le Membre imposant la mesure considère approprié; et 3) qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce.

17. L'Indonésie formule trois nouvelles critiques concernant la description que font les États-Unis de l'objectif de l'article 907 a) 1) A). Premièrement, l'Indonésie a tort d'alléguer que l'objectif de la mesure n'est pas de protéger tous ceux qui risquent de devenir des fumeurs dépendants, mais seulement ceux qui sont âgés de 17 ans et moins. Pour l'analyse de l'objectif choisi par le Membre importateur, l'Organe d'appel a dit qu'il fallait mettre l'accent sur le texte, la conception, les principes de base et la structure révélatrice de la mesure. L'article 907 a) 1) A) élimine du marché des États-Unis les cigarettes ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de clou de girofle, etc. La mesure contribue donc à protéger tous les fumeurs potentiels et débutants qui seraient attirés par ces cigarettes aromatisées, qui comprennent non seulement les enfants et les adolescents, mais aussi les jeunes adultes. Les enfants et les adolescents occupent une place importante dans la Loi sur le contrôle du tabac et l'historique de son élaboration parce que ces groupes d'âges jouent un rôle central dans la réduction des taux de tabagisme. Mais ce ne sont pas les seules personnes qui risquent de devenir des fumeurs dépendants. Deuxièmement, l'Indonésie a tort d'alléguer que le souci d'éviter des conséquences négatives ne fait pas partie de l'objectif de l'article 907 a) 1) A). Le texte, la conception, les principes de base et la structure révélatrice de l'article 907 a) 1) A) montrent clairement que la mesure établit des distinctions entre les produits en interdisant certains et en permettant que d'autres continuent d'être vendus aux États-Unis. Troisièmement, l'Indonésie a tort d'alléguer que l'article 907 a) 1) A) n'a pas interdit les cigarettes mentholées simplement parce qu'une certaine société des États-Unis s'y est opposée. Rien dans le texte, la conception, les principes de base et la structure révélatrice de la mesure n'indiquerait que tel est le cas.

18. L'Indonésie continue de faire valoir que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.2 parce qu'il ne réalise pas *suffisamment* son objectif. Si cet argument était admis, l'article 2.2 interdirait aux Membres d'adopter une réglementation progressive lorsque ces mesures ont un effet sur le commerce. Rien dans l'Accord OTC n'exige que les Membres poursuivent des objectifs dans toute la mesure du possible. Au contraire, comme le préambule de l'Accord OTC le confirme, les Membres peuvent réaliser leurs objectifs au niveau qu'ils considèrent approprié.

19. L'Indonésie allègue que comme l'article 907 a) 1) A) "ne contribue pas de manière importante" à la réalisation de son objectif, la question de savoir s'il existe une mesure de rechange suffisante est "sans intérêt". Elle n'établit pas que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif en faisant valoir que cet article devrait réaliser son objectif d'une manière plus complète qu'il ne le fait. En réalité, elle doit démontrer que, quel que soit le niveau considéré approprié par les États-Unis pour les objectifs réalisés par l'article 907 a) 1) A), la mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire parce qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce et qui réalise les objectifs de l'article 907 a) 1) A) au moins au même degré. L'Indonésie n'a de nouveau pas fourni d'élément de preuve qui indique qu'une telle mesure de rechange existe.

20. Eu égard à la mention de la non-réalisation dans la deuxième phrase, les Membres sont tenus de prendre en compte ces risques. En outre, l'Indonésie a tort de dire que l'article 2.2 fait obligation au Membre importateur d'évaluer le risque du produit importé. Il n'est pas nécessaire que les Membres fondent leurs règlements techniques sur des évaluations de risques. Le libellé fait référence aux risques que la non-réalisation de l'*objectif* entraîne, et non aux risques présentés par un *produit* particulier.

III. L'INDONÉSIE N'A PAS MONTRÉ QUE LES ÉTATS-UNIS AVAIENT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC LES ARTICLES 2.5, 2.8, 2.12 OU 12.3 DE L'ACCORD OTC

21. L'Indonésie fait valoir que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5. Premièrement, elle fait abstraction du fait que l'article 2.5 dispose que "si la demande en est faite", un Membre justifiera le règlement technique au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4. L'Indonésie n'a jamais fait une telle demande. Elle a également tort de penser que l'article 2.5 prescrit que les Membres importateurs fournissent, pour l'essentiel, une analyse juridique complète de chaque élément et qu'ils fournissent au Membre exportateur toutes les données scientifiques qui l'accompagnent. Deuxièmement, l'Indonésie a tort d'alléguer qu'elle a subi un quelconque préjudice. Elle a eu amplement la possibilité d'exprimer ses vues aux responsables gouvernementaux des États-Unis et, pour autant que nous sachions, en a pleinement tiré parti.

22. L'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.8 est dénuée de fondement. Premièrement, il est entièrement fallacieux de la part de l'Indonésie de laisser entendre que ses producteurs ne savent pas si la mesure interdit leur produit. Il ne fait aucun doute que le clou de girofle est l'arôme caractérisant des cigarettes aux clous de girofle. Deuxièmement, l'Indonésie n'a toujours pas donné un seul exemple de la manière dont la mesure pourrait être rédigée en termes de propriétés d'emploi, ni une seule raison pour laquelle il serait "approprié" de le faire. La pièce IND-70 de l'Indonésie ne constitue certainement pas une réponse à cette question. Les États-Unis ne voient pas comment une mesure incorporant cette règle, qui vise uniquement à prévoir un moyen d'effectuer des essais, établit que la mesure contestée pourrait être rédigée en termes fondamentalement différents, ni quels seraient ces termes.

23. L'Indonésie fait valoir que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12. Or elle n'a pas fourni une seule raison expliquant pourquoi le délai aurait dû être doublé à six mois, et en quoi la prolongation du délai serait compatible avec l'objectif de la mesure contestée.

La Décision ministérielle de Doha, qui constitue, tout au plus, un moyen complémentaire d'interprétation au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne, ne prescrit pas un résultat différent.

24. L'Indonésie continue de faire valoir que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3. Un risque de chômage ne peut tout simplement pas constituer un "besoin spécial" car *tous* les pouvoirs publics sont préoccupés par le taux de chômage de leurs citoyens. Mais, même à supposer, qu'il y ait en l'espèce un aspect quelconque relatif à l'emploi qui soit un besoin propre aux pays en développement, l'Indonésie n'a fourni *aucun* élément de preuve indiquant que l'article 907 a) 1) A) avait eu une *quelconque* incidence sur l'emploi en Indonésie, et encore moins l'"incidence défavorable grave" qu'elle mentionne à plusieurs reprises. Les États-Unis ont agi d'une manière compatible avec l'article 12.3 en ménageant à l'Indonésie d'amples possibilités de faire connaître ses vues au gouvernement des États-Unis. Rien dans l'article 12.3 ne prescrit ce "quelque chose" de plus dont l'Indonésie allègue qu'il prévoit.

IV. L'ARTICLE 907 EST JUSTIFIÉ AU REGARD DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994

25. Les États-Unis ont expliqué de manière détaillée en quoi l'article 907 a) 1) A) serait justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. L'article 907 a) 1) A) a été promulgué afin de protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme. Et la mesure est nécessaire pour faire en sorte que des produits qui sont principalement consommés comme produits d'apprentissage par les jeunes et qui provoquent la dépendance sur de nombreuses années, des problèmes de santé et peut-être la mort, ne puissent absolument pas être vendus aux États-Unis. Pour les raisons exposées plus haut, l'article 907 a) 1) A) satisfait également aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.

26. Les États-Unis ont présenté de nombreuses données scientifiques pour étayer leur décision pragmatique d'interdire les cigarettes ayant des arômes caractérisants, par exemple de bonbon, de fruit et de clou de girofle, d'une part, sans interdire, d'autre part, des produits consommés en grande quantité et dont la prohibition précipitée pourrait avoir des conséquences négatives graves. L'Indonésie demande au Groupe spécial d'adopter l'approche inverse et d'interpréter l'Accord sur l'OMC comme exigeant que les États-Unis choisissent entre deux extrêmes – interdire toutes les cigarettes ou n'en interdire aucune. L'Indonésie demande en outre de différentes manières au Groupe spécial d'ignorer dans son examen des éléments de preuve le fait que les cigarettes sont fortement dépendogènes, très dangereuses et consommées en grande quantité par des dizaines de millions de personnes. L'approche de l'Indonésie devrait être rejetée.

ANNEXE D-7

DÉCLARATION FINALE DE L'INDONÉSIE À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

1. Je vous remercie, Monsieur le Président et Messieurs les membres du Groupe spécial. Avant de céder le microphone à l'Ambassadeur Erwidodo, je voudrais me prononcer, dans le cadre de la déclaration finale de l'Indonésie, sur la déclaration finale que les États-Unis viennent de présenter.

2. À une exception près, l'Indonésie conteste fondamentalement tout ce que les États-Unis ont dit. Cette seule exception concerne l'observation formulée au sujet de la nouvelle question n° 11 du Groupe spécial. Nous convenons avec les États-Unis qu'il s'agit d'une question intéressante et nous nous félicitons que le Groupe spécial l'ait posée.

3. Nous avons répondu à cette question pendant la séance de questions et réponses qui a eu lieu dans la journée. Vous vous rappellerez peut-être que nous avons parlé de deux "échelles mobiles", l'une indiquant le caractère restrictif d'une mesure pour le commerce au regard de l'article 2.2 de l'Accord OTC et l'autre la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif au regard de l'article 2.2.

4. Alors que nous réfléchissions plus avant sur la nouvelle question n° 11, nous avons été frappés par la possibilité qu'elle soit liée à une autre question du Groupe spécial, à savoir la portée de la mesure en cause. Je me réfère en particulier à la question n° 23 a) posée par le Groupe spécial après sa première réunion de fond avec les parties.

5. Dans cette question, le Groupe spécial a demandé s'il était correct de dire, "strictement parlant", que la mesure en question s'appliquait "à toutes les cigarettes".

6. Le Groupe spécial ne devrait pas confondre l'objectif allégué de la mesure qui lui a été présenté par les États-Unis avec la mesure elle-même. L'Indonésie tient à réaffirmer avec la plus grande fermeté que la mesure contestée – ladite "Règle spéciale" – ne s'applique pas à toutes les cigarettes. Elle s'applique uniquement à certaines cigarettes aromatisées et, dans la pratique, elle s'applique uniquement aux cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie. À titre d'exemple, la Règle spéciale ne s'applique pas plus aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac produites dans le pays (c'est-à-dire aux États-Unis) qu'aux bicyclettes, aux automobiles et aux réfrigérateurs. De fait, la mesure exclut spécifiquement de son champ d'application les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac.

7. Il y a eu débat sur ce qu'il y avait d'autre sur le marché au moment où la Règle spéciale est entrée en vigueur. Or, lorsqu'ils ont été pressés de dire quelles autres cigarettes produites dans le pays en 2009 étaient affectées par la Règle spéciale, y compris d'autres cigarettes aromatisées, les États-Unis n'ont pas été en mesure d'en indiquer, à part une petite quantité de cigarettes produites par une société appelée "Nat Sherman" qui fabriquait une cigarette appelée "Touch of Clove".

8. Par conséquent, pour dire les choses clairement, l'interdiction de la production ou de la vente aux États-Unis de certaines cigarettes aromatisées a pénalisé presque exclusivement les cigarettes aux clous de girofle produites en Indonésie.

9. La Règle spéciale a complètement mis fin aux importations de ces produits aux États-Unis. Ce faisant, elle a traité les importations moins favorablement qu'un produit "similaire" de fabrication nationale, en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994, parce qu'elle a incontestablement modifié les conditions de concurrence au détriment du produit importé.

10. L'Ambassadeur Erwidodo poursuivra maintenant la déclaration finale de l'Indonésie.

11. M. le Président, je tiens à exprimer à nouveau au Groupe spécial et aux membres du Secrétariat les remerciements sincères de l'Indonésie pour l'attention que vous avez prêtée aux préoccupations formulées par l'Indonésie pendant cette réunion et tout au long du présent différend. Les disciplines de l'OMC et la possibilité de contester des mesures au moyen du processus de règlement des différends sont essentielles pour faire en sorte que les politiques réglementaires adoptées par un Membre n'établissent pas de discrimination injuste à l'encontre des importations en provenance d'un autre Membre. Ce processus est particulièrement crucial pour un pays en développement comme l'Indonésie.

12. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par les États-Unis a eu une incidence notable sur une branche de production qui emploie pas moins de 6 millions de personnes en Indonésie. L'Indonésie estime que l'interdiction énoncée dans la Règle spéciale, qui frappe les cigarettes aux clous de girofle mais non les cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac, est incompatible avec les obligations des États-Unis au titre à la fois de l'Accord OTC et du GATT de 1994. L'Indonésie a fourni des éléments de preuve et des arguments qui prouvent chacune des allégations qu'elle a présentées au présent Groupe spécial. Les États-Unis n'ont pas réfuté effectivement les allégations de l'Indonésie – dans certains cas, ils n'ont même pas tenté de le faire. En conséquence, l'Indonésie demande au Groupe spécial de constater que la Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT. Elle demande en outre au Groupe spécial de constater que lors de l'adoption de la Règle spéciale, les États-Unis ont violé leurs engagements au titre des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC.

ANNEXE E

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

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS406/2
11 juin 2010

(10-3223)

Original: anglais

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

Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie

La communication ci-après, datée du 9 juin 2010 et adressée par la délégation de l'Indonésie au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

Le 7 avril 2010, la République d'Indonésie a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis conformément aux articles 1er et 4 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (Mémorandum d'accord), à l'article XXII de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* ("GATT de 1994"), à l'article 11 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* ("Accord SPS") et à l'article 14 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* ("Accord OTC") au sujet de la mesure adoptée par les États-Unis qui interdit les cigarettes aromatisées, y compris les cigarettes aux clous de girofle. La République d'Indonésie et les États-Unis sont convenus de tenir les consultations le 13 mai 2010. Malheureusement, ces consultations n'ont pas permis de régler le différend.

La mesure qui a fait l'objet des consultations est prévue dans l'article 907 de la *Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial*[1] ("la Loi"), qui interdisait la production ou la vente aux États-Unis de toutes les cigarettes ayant un "arôme caractérisant" autre que le menthol ou le tabac avec effet 90 jours après la signature de la Loi. L'Indonésie estime que la mesure établit une discrimination à l'encontre des cigarettes aux clous de girofle importées compte tenu du fait que les cigarettes aux clous de girofle qui étaient vendues aux États-Unis étaient importées (essentiellement d'Indonésie), alors que pratiquement toutes les cigarettes mentholées vendues aux États-Unis sont produites dans le pays (les importations sont négligeables). L'Indonésie estime aussi que la mesure crée un obstacle non nécessaire au commerce dans la mesure où les États-Unis disposent de moyens moins restrictifs pour le commerce pour réaliser les objectifs de la Loi.

[1] Loi générale n° 111-31.

Le gouvernement indonésien soutient que frapper les cigarettes aux clous de girofle d'une interdiction aux États-Unis tout en exemptant les cigarettes mentholées de l'interdiction est incompatible avec les dispositions suivantes du GATT de 1994:

a) L'article III:4 du GATT de 1994 parce que la mesure soumet un produit importé, les cigarettes aux clous de girofle, à un traitement qui est "moins favorable" que le traitement accordé à un produit national similaire, les cigarettes mentholées.

b) L'article XX du GATT de 1994 parce qu'aucune donnée scientifique ou technique n'indique que les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque pour la santé plus élevé que les cigarettes mentholées et, par voie de conséquence, la mesure aboutit à une discrimination arbitraire et injustifiable, à une restriction déguisée au commerce, et est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, s'il y en a un.

L'Indonésie considère aussi que la mesure est incompatible avec les dispositions suivantes de l'Accord OTC:

c) L'article 2.1 de l'Accord OTC, parce que la mesure aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à un produit national similaire, les cigarettes mentholées.

d) L'article 2.2 de l'Accord OTC, parce qu'aucune donnée scientifique ou technique n'indique que les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque pour la santé plus élevé que les cigarettes mentholées ou que les jeunes fument davantage de cigarettes aux clous de girofle que de cigarettes mentholées. Par conséquent, la mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire et constitue un obstacle non nécessaire au commerce international.

e) L'article 2.5 de l'Accord OTC, parce que les États-Unis n'ont pas répondu aux questions visant à obtenir une explication et une justification de l'interdiction, que l'Indonésie a posées pendant les discussions bilatérales du 27 août 2009 et par l'intermédiaire du Comité OTC le 20 août 2009 (G/TBT/W/323).

f) L'article 2.8 de l'Accord OTC, parce que l'interdiction d'arômes caractérisants est fondée sur des caractéristiques descriptives.

g) L'article 2.9 de l'Accord OTC, parce que les États-Unis n'ont pas satisfait aux prescriptions de l'article 2.9.1, 2.9.2, 2.9.3 et 2.9.4, lorsqu'ils ont adopté un règlement technique qui a un effet notable sur le commerce de l'Indonésie.

h) L'article 2.10 de l'Accord OTC, parce que dans l'éventualité où les États-Unis pensaient qu'il était justifié de ne pas suivre les procédures prévues à l'article 2.9, ils n'ont pas fourni au Secrétariat de notification indiquant la mesure et la nature urgente du problème.

i) L'Accord 2.12 de l'Accord OTC, parce que moins de six mois se sont écoulés entre la date d'entrée en vigueur et la promulgation de l'interdiction.

j) L'article 12:3 de l'Accord OTC, parce que l'interdiction créait un obstacle non nécessaire aux exportations des pays en développement.

Dans le cas où les États-Unis affirmaient que l'interdiction des cigarettes aromatisées est une mesure SPS, l'Indonésie est d'avis que la mesure est incompatible avec les articles 2, 3, 5 et 7 de l'Accord SPS.

En outre, la mesure indiquée dans la présente demande a annulé ou compromis des avantages résultant pour l'Indonésie directement ou indirectement des accords cités.

En conséquence, le gouvernement indonésien a l'honneur de demander que, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord, l'Organe de règlement des différends établisse un groupe spécial, doté du mandat type énoncé à l'article 7:1 du Mémorandum d'accord, pour examiner la question.

_____